COMPENSATIO CULPAE.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

KGL. BAYR. FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT ERLANGEN

ZUR

ERLANGUNG DER WÜRDE

EINES

DOCTORS BEIDER RECHTE

VORGELEGT

VON

OSCAR PRIESTER

KGL. PREUSS. GERICHTS-REFERENDAR

AUS

FRANKFURT A/M.

WÜRZBURG.

BECKER'S UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCKEREI

1896.

MEINEN

ELTERN

IN

LIEBE UND DANKBARKEIT

GEWIDMET.

Disposition.

A. Historisch-pragmatischer Teil.

I. Begriff und Litteratur . . . . . § 1

II. Grundlegende Theorieen:

a) selbständig:

1. Mommsen-Windscheid . . . . . § 2
2. Demelius . . . . . § 3
3. Pernice — von Bar . . . . . § 4

b) kritisch:

1. Levison . . . . . § 5
2. Wendt . . . . . § 6

III. Leges scriptae:

a) im römischen Recht:

1. l. 10 pr. D. de comp. 16, 2 . . . . . § 7
2. l. 3 § 3 D. de eo per quem 2. 10 . . . . § 8
3. l. 57 § 3 D. de contr. empt. 18, 1 . . . § 9

b) im modernen Recht:

1. Preussisches Landrecht . . . . . § 10
2. Oesterreichisches a. b. Ges.-Buch . . . § 11
3. Code civil . . . . . § 12
4. Codex Maxim. Bavaricus . . . . . § 13
5. Entwurf . . . . . § 14

B. Kritisch-dogmatischer Teil.

I. Verwandte Rechtserscheinungen:

a) im römischen Recht:

1. actio de recepto . . . . . § 15
2. „ de pauperie . . . . . § 16
3. „ empti venditi und locati conducti . . § 17

b) im deutschen Recht . . . . . § 18

II. Uneigentliche Culpacompensation:
a) Begriff . . . . . § 19
b) species ex contractu u. delicto:
1. kontraktlich? . . . . . § 20
2. ausserkontraktlich.
α. Ehebruch . . . . . § 21
β. Injurien . . . . . § 22
III. Eigentliche Culpacompensation:
a) Begriff . . . . . § 23
b) Quellenmässige Beispiele:
1. scheinbare . . . . . § 24
2. wirkliche . . . . . § 25
c) Voraussetzungen:
1. Rechtsgrund . . . . . § 26
2. Zurechnung auf Seiten
α des Beschädigers . . . . . § 27
β. des Beschädigten . . . . . § 28
3. causa . . . . . § 29
4. Haftung . . . . . § 30
5. culpa.
α. Personalcharakter
αα. Begriff . . . . . § 31
ββ. im besonderen
ααα. fremde Personen . . . . § 32
βββ. Verletzter — Replik . . . § 33
β. Realcharakter
αα. überwiegendes Verschulden . . . § 34
ββ. dolus und culpa . . . . . § 35
Schluss — Ergebnisse . . . . . § 36

AUSFÜHRUNG.

§ 1.

Neben der Compensation von Forderungen, welche die bekannte Digestenstelle mit den Worten Modestins [1]) als debiti et crediti inter se contributio definiert, spricht der Jurist wohl auch im Anschluss an zwei Digestenstellen: paria delicta mutua pensatione dissolvuntur [2]) und quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire [3]) von einer Compensation der Schuld, einer Culpacompensation, mit welchem Kunstausdruck er die infolge beiderseitiger Verschuldung eintretende Aufhebung der kontraktlichen oder ausserkontraktlichen Haftpflicht des bez. der Schädiger bezeichnet. *Krug* [4]) zieht sogar aus der Anwendung dieses Prinzips bei Julian, Alfenus, Sabinus und Labeo l. 3 D. de eo per quem 2,10 (Julian) l. 52 § 1 ad l. Aquil. 9,2 (Alfenus) l. 40 § 1 de damno inf. 39,2 (wo es jedoch bloss heisst Ulpianus ad Sabinum) und l. 2 § 15 ne quid in loco publ. 43,8 ist jedoch auch von Ulpian; die lex auf Labeo zu beziehen, erscheint trotz des idem gewagt) den nicht minder gewagten Schluss, die Culpacompensation scheine älter zu sein als die compensatio debiti et crediti. Zum Verständnis

---

[1]) l. 1 D. h. t.

[2]) l 39 D. sol. matr. 24, 3.

[3]) l. 203 D. de R. J. 50, 17.

[4]) *Krug*, Lehre von d. Compens. Lpz. 1833. § 53. S. 139.

unseres den Quellen fremden Ausdrucks sei von vornherein auf die ganz allgemeine Bedeutung des Wortes culpa hingewiesen, welches, ganz wie ‚Schuld'[1]) generell die verschiedenen Stufen mangelnder Diligenz umfasst und in dieser Eigenschaft dolus und culpa i. e. S. begreift. Die Quellen selbst sprechen von einer Compensation schuldhaften Verhaltens ausdrücklich nur an 3 Stellen: l. 10 pr. D de comp. 16, 2; l. 3 § 3 D. de eo per quem 2, 10 und l. 57 § 3 D. de contr. empt. 18, 1; übereinstimmend machen diese zur Lösung entstandener Haftung compensatio negligentiae und doli inter utramque partem geltend. So klar und einleuchtend es an und für sich sein mag, dass oft der Vorwurf schuldhafter Beschädigung durch den Gegenvorwurf konkurrierenden eigenen Verschuldens des Beschädigten entkräftet werde, so hat die Anwendung dieses in mannigfachster Erscheinung zu Tage tretenden Rechtsprinzips doch zu einer Reihe von Meinungsverschiedenheiten Anlass gegeben, die sich nur auf dem Wege einer gewissenhaften quellenmässigen Interpretation unter einheitliche Gesichtspunkte bringen lassen. Während unsere Pandektisten den Begriff teils ganz ignorieren, teils höchst fragmentarisch behandeln, haben einzelne Monographien demselben ihre Aufmerksamkeit zugewandt. Aus älterer Zeit stammt *Eisenbach*[2]), dessen Arbeit jedoch lediglich auf Combination äusserer Gesichtspunkte beruht und deshalb theoretisch wie praktisch geringwertig erscheint; trotzdem hat sie in

---

[1]) Man vergleiche damit l. 11 § 1 C. de repud. 5, 17, wo culpa lediglich = schuldhaftes Verhalten.

[2]) Disput. de compens. circa maleficia vel quasi, occasione leg. 36 D. 4, 13. Tüb. 1778.

Glück[1]) einen allzu gläubigen Copisten und Referenten gefunden. In neuerer Zeit ist die Frage von *Mommsen* verständnisvoll behandelt worden in seiner ‚Leistung des Interesse'[2]). Ihn wollte ergänzen Demelius in einer kritischen Abhandlung über Culpacompensation[3]). Er hat das Verdienst der Trennung eigentlicher von uneigentlicher Culpacompensation und der Erkenntnis der Mehrheit von rechtlichen Prinzipien, welche diesem Begriff innewohnen. Mit ihm haben sich weiter beschäftigt *Pernice*[4]), *v. Bar*[5]), *Bekker*[6]), eingehender und zwar mit dem eigentlichen Gebiet unseres Themas, Aufhebung des Ersatzanspruchs gegen den kulposen Schädiger bei konkurrierender Schuld des Verletzten, *Levison*[7]) und *Wendt*[8]). Ersterer basiert vorwiegend auf den Quellen, letzterer sucht mit viel Geschick modernen Rechtsanschauungen gerecht zu werden.

§ 2.

Mommsen deduziert[9]), die blosse Möglichkeit, dass ein Schaden ungeachtet des Eintretens der den Beschädiger zum Ersatz verpflichtenden Thatsache hätte vermieden werden können, könne nicht in Betracht kommen; er dürfe dagegen nicht in Anrechnung gebracht werden, wenn er durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt (der eines diligens pater familias) von Seiten

[1]) XV. S. 81 f.

[2]) Bd. II, S. 157 f.

[3]) Iherings Jahrb. Bd. 5, Nr. 2, S. 52 f.

[4]) Sachbeschädigung i. röm. Recht, S. 58 f.

[5]) Im seiner Lehre vom Causalzusammenhang, sowie Grünhuts Zeitschrift, Bd. 4, Nr. 2.

[6]) Aktionen Bd. I, S. 172 f.

[7]) Bonner Inauguraldiss. über unser Thema 1891.

[8]) Iherings Jahrb. Bd. 31 n. f. 19 Nr. 3, 1892.

[9]) ‚Interesse' S. 157 f.

des Geschädigten hätte vermieden werden können. Dieser Satz, für die Fälle doloser Rechtsverletzung meist ausser Geltung, enthalte eine wahre Beschränkung des Interesses[1]), die sich indessen von selbst rechtfertige, da nichts natürlicher sei, als dass jeder die Folgen der eigenen Nachlässigkeit selbst zu tragen ... „Der „Verkäufer eines servus noxius[2]) war verpflichtet, den „Schaden zu erstatten, welchen der Käufer dadurch „erlitt, dass eine noxa auf dem Sklaven haftete. Leistete „nun der Käufer, welcher mit der Deliktsklage belangt „wurde, die litis aestimatio, während die noxae deditio „vorteilhafter gewesen wäre oder umgekehrt, so konnte „er nur verlangen: quanti minimo defungi potuit, nicht „den darüber hinausgehenden Schaden, der dadurch „verursacht war, dass er die unvorteilhaftere Wahl „getroffen hatte. Als Grund wird angegeben hoc de„trimentum sua culpa emptorem passurum, qui cum „posset hominem noxae dedere maluit litis aestima„tionem sufferre[3]). Wer einen Sklaven in nicht töt„licher Weise verwundet hatte, haftet nur de vulne„rato, nicht de occiso, wenn der Tod des Sklaven durch „eine sorgfältige Behandlung seines Eigentümers hätte „abgewandt werden können[4]). Aus den angeführten „Entscheidungen (der Quellen), von welchen die zuletzt „angeführten freilich nicht als direkte Beweisstellen „betrachtet werden können, geht klar hervor, dass der „Schaden nicht berücksichtigt wird, welcher durch An„wendung der gehörigen Sorgfalt von Seiten des Ge-

---

[1]) Soll wohl heissen: Beschränkung der Ersatzpflicht!

[2]) Im Anschluss an l. 11 § 12 D. de act emti et vend. 19, 1 und l. 16 D. de pec. leg. 33, 8.

[3]) Mommsen, S. 159 u. cf. L. 23 § 8 D. de aedil. ed. 21, 1; cf. auch die sub A. 2 genannten.

[4]) L. 30 § 4, l. 52 pr. D. ad l. Aqu. 9,2.

„schädigten[1]) hätte abgewendet werden können. Nach „einigen Entscheidungen scheinen die römischen Juristen „jedoch noch weiter gegangen zu sein; so sollte nach „l. 52 pr. D. ad l. Aquil 9,2 der, welcher einen Sklaven „getötet hatte, nicht wegen kulposer Tötung haften, „wenn der Tod zugleich durch die schlechte Behand- „lung von Seiten des Arztes herbeigeführt war, obgleich „doch ohne die Verwundung der Tod wenigstens auf „diese Weise nicht eingetreten wäre, weil der Eigen- „tümer des Sklaven dann den ungeschickten Arzt „nicht zugezogen haben würde.“ Diese Auffassung *Mommsens* hat *Windscheid*[2]) völlig akzeptiert; wir fügen hinzu, dass der *Mommsen*'sche Satz, kein Schaden dürfe in Anrechnung gebracht werden, welcher vom Beschädigten durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt hätte vermieden werden können, von der Gerichtspraxis unbedenklich zur Anwendung gebracht wird, cf. Reichsoberhandelsgericht. Entscheidung Band 19 S. 294 7, Reichsgerichtl. Entscheidung Band 10 Nr. 18, vollständig in einem kronkreten Fall auch von *Eger*, dem Kommentator des Reichshaftpflichtgesetzes[3]): . . . „Der Eisenbahnbedienstete, eben weil er besondere „Übung hat, kann manche Vorsichtsmassregel unter- „lassen, deren Unterlassung von Seiten eines dritten „sich als Verschulden darstellen würde, ohne dass ihm „ein Unterlassen zur Schuld zugerechnet werden könnte. „Er darf sich manches erlauben, was der Dritte sich „nicht erlauben dürfte, ohne darum die diligentia „diligentis zu verletzen. Der Eisenbahnbedienstete „haftet nur für diejenige Achtsamkeit, welche ein vor- „sichtiger Eisenbahnbediensteter, nicht für die Acht-

[1]) cf. Mommsen S. 160. i. c. beim Sklaven natürlich d. Herr.
[2]) Pandekten Bd. 2 S. 43 f., besonders Note 17.
[3]) S. 143.

„samkeit, welche ein vorsichtiger Dritter im Eisen-„bahnverkehr anzuwenden pflegt. Mit Anwendung der „letzteren durch die Eisenbahnbediensteten könnte der „Eisenbahndienst gar nicht bestehen und wäre den „Eisenbahndirektionen am schlechtesten gedient."

§ 3.

Demelius, welcher der *Mommsen*'schen Ausführung einige Nachträge hinzufügen will, hat den Versuch gemacht, der Parömie des Pomponius: quod quis et culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire folgenden juristischen Gedanken zu Grunde zu legen.

a) „In Vertragsverhältnissen[1]) fordere die bona „fides von beiden Teilen, dass mit voller Sorgfalt ver-„mieden werde, wodurch der Mitkontrahent zu Schaden „komme. Komme er, auch aus eigenem Verschulden, „in die Lage, Ersatz leisten zu müssen, so könne er „jede unnötige Steigerung seiner Haftpflicht vermieden „wissen wollen. Wende nun sein Mitkontrahent die „volle diligentia, welche die Natur des Verhältnisses „fordere, nicht an, so werde er seinerseits ersatzpflich-„tig;" das gegnerische Interesse bestehe dabei im Ab-zug des Überschusses. Sei auch die Vernachlässigung eigener Angelegenheiten juristisch keine culpa, so werde sie es durch Verletzung der einem zweiten gegenüber bestehenden Rechtspflicht; über dieses Interesse argu-mentiere *Ulpian*[2]) ganz in seinem (Demelius) Sinne und gegen *Mommsen*. Es sei[3]) wirkliche Compensation zweier gegenseitiger auf culpa gegründeter Ansprüche

[1]) S. 63 f.
[2]) l. c. S. 1 u.
[3]) Demelius S. 66 f.

und zwar mit dem Resultate, dass der klägerische Anspruch aufgehoben wird, weil und insoweit der Gegenanspruch des Beklagten ihn decke. Die Regel beziehe sich aber auch

b) auf ausserkrontraktliche, nach der Theorie der lex Aquilia zu beurteilende Schadensersatzforderungen, wo keine Verpflichtung des Beschädigten zur Interessenvertretung seines Schädigers vorliege. Dieser hafte, sobald der Schaden als Folge der Einwirkung seines rechtswidrigen Willens erscheine.

Mittelbarkeit des Kausalzusammenhangs befreie dabei den Schuldner nicht. Auch durch culpa des Beschädigten werde derselbe zwar nicht aufgehoben, aber der Wille des Beschädigten trete zwischen den des Beschädigers und den Schaden und lasse die Beschädigung als vom Beschädigten selbst gewollt erscheinen. Die von *Mommsen* angenommene Anwendbarkeit der bei diesem zitierten Stellen auf unser Prinzip bestreitet Demelius, um schliesslich dahin zu resümieren[1]): „Unter das Gebiet, welches man mit „mehr oder weniger Prägnanz als Culpacompensation „bezeichnet, fallen folgende Kategorien von Fällen:

1. „Beide Teile sind wegen verschiedener einander „kontraktwidrig zugefügten Nachteile haftbar. Com„pensation der Gegenansprüche in ganz gewöhnlichem „Sinne.

2. „Beide Contrahenten sind in dolo gegen ein„ander und zwar in Bezug auf ein und denselben „beiden nachteiligen Umstand. Der Dolus wird kom„pensiert, d. h. aber nicht die beiden Gegenforderungen, „sondern es entsteht wechselseitig kein Anspruch.

---

[1]) Demelius l. c. S. 79/80.

3. „Culpa des beschädigten Teils bewirkt, dass „der andere bezüglich des betreffenden Schadens „nicht in culpa ist, während er es sonst sein würde. „Natürlich keine Haftung(?)

4. „Der Schaden steht im Causalzusammenhang „sowohl mit der Schuld des Beschädigers, als mit der „des Beschädigten. Ersterer haftet nur, wenn er in „dolo ist. Auch dann nicht, falls Beschädigter eben- „falls dolos gehandelt hat oder seinen Schaden absicht- „lich herbeiführt.

5. „Der Schaden steht im Causalzusammenhang „nur mit der Schuld des Beschädigers. Hier kann „letzterer nur frei kommen, falls er nachweist, dass „ohne Versehen des Damnifikaten seine eigene Ver- „schuldung nicht eingetreten sein würde, dolus wirkt „wie sub 4.

„In den Fällen 4 und 5 kann es leicht kommen, „dass die Haftung des Beschädigers durch die des Be- „schädigten nicht ganz aufgehoben, sondern nur ein- „geschränkt wird. Eigentliche Compensation zweier „Gegenansprüche liegt vor in den Fällen 1 und 5."

§ 4.

Pernice[1]), *Bar*[2]) suchen nicht, wie Demelius, den Rechtsgrund der Cutpacompensation in dem Satze, dass die eigene culpa des Beschädigten eine Einwilligung in den rechtswidrigen Erfolg des Beschädigers in sich schliesse, womit die culpa auf den Willen gestellt würde. Das widerspreche aber sowohl dem römischen Recht, welches durch die Gleichstellung der culpa mit Negligenz das Wesen derselben gerade in die Gleichgültig-

[1]) Sachbeschädigung S. 58 f.

[2]) Causalzusammenhang, Grünhuts Ztschrft. Bd. 4, Nr. 2.

keit gegen den Erfolg setze, als auch der neueren Doktrin, die bei der Culpa zwar nicht das beschädigende Ereignis, aber die Consequenzen desselben als gewollt annehme. Die Quellenbelege für die bekämpfte Meinung erwiesen deren Richtigkeit nicht; wenn l. 23 § 8 D. de aed. ed. 21, 1; l. 29 § 1 D. l. 56 § 1 D. de evict. 21, 2; l. 61 § 7 D. de furt. 47, 2 teils ausdrücklich, teils implicite von einem den Erfolg des Schädigers begünstigenden Willen des Beschädigten sprächen, so erscheine dieser doch nicht unmittelbar als Rechtsgrund der Compensation, sondern als Grund für die Annahme einer culpa. Darin, dass der Beschädigte, obwohl ihm ein anderer sicherer Weg offen gestanden, den ungünstigeren gewählt habe, liege ein Mangel an Umsicht, eine Neglegenz, welche gegen die culpa des Beschädigers kompensiert werden müsse. Den wahren Rechtsgrund für die Culpacompensation findet *Pernice* darin, dass die negligentia des Beschädigten den Causalzusammenhang zwischen der culpa des Schädigers und dem damnum in Frage stellt; einen reinen Anwendungsfall für diesen von Pomponius angenommenen Grundsatz gebe Paulus R. J. 1, 15 § 3 qui irritatu suo feram bestiam vel quamcumque aliam quadrupedem in se proritaverit eaque damnum dederit, neque in eius dominum neque in custodem actio datur. Dieselbe Anschauung liege auch Ulpians Worten l. 11 pr. extr. zu Grunde: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit ipsum de se queri debere, falls nämlich der Barbier gestossen werde und ihn in Folge dessen verletze. Trotz neuerlichen Widerspruchs subsumiert *Pernice* auch l. 52 pr. h. t., l. 30 § 4 h. t. seinem Begriff. Eine Ausnahme erleide die Regel von der Culpacompensation, wenn Beschädiger in dolo;

kompensabel sei nur etwas qualitativ gleiches, deshalb andererseits dolus gegen dolus, hingegen sei die Frage betreffs Gleichstellung von dolus mit culpa lata zweifelhaft, in den Quellen durch Gebrauch der Worte data opera, sciens offen gelassen. Überall, resümiert *Pernice* [1]), wo neben die ursprüngliche causa des rechtswidrigen Ereignisses, eine andere selbständige causa hinzutritt, so dass nicht unterschieden werden kann, welches die wahre Ursache ist, da wird der ersteren causa das Ereignis nicht zugerechnet. Diese Sätze fänden durchaus in den Quellen ihre Bestätigung. In seinem Labeo [2]) spricht dann *Pernice* später aus, dass sein Gedanke, es handle sich bei der juristischen Begründung der Frage um eine Unterbrechung des Causalnexus, für die überwiegende Mehrzahl der Fälle nicht zutreffe, wenn es auch feststehe (?), dass, wo ein ungewöhnliches Ereignis oder das schuldvolle Verhalten eines Dritten in den Causalzusammenhang eingreife, der Beweis der Ursächlichkeit nicht mehr zu führen sei. Die Gerichtspraxis hat mehrfach von dieser Erklärung Gebrauch gemacht, so bei *Seuffert* 22, Nr. 26, 37 Nr. 219, 41 Nr. 89 z. B.: ‚es kommt im Fall konkurrierenden Verschuldens der Bahnverwaltung und des Getöteten oder Verletzten darauf an, ob die Schuld auf Seiten des Letzteren in einer solchen Weise vorwiegend gewesen, dass man sagen kann, der Unfall sei hierdurch verursacht. Nur dann ist der Betriebsunternehmer nach § 1 des Ges. vom 7. Juni 1871 mit Rücksicht auf das eigene Verschulden des Getöteten oder Verletzten von der Entschädigungsverpflichtung frei.' Ferner: ‚das Berufungsgericht erblickt ohne Rechtsirrtum

[1]) S. 175.
[2]) Band II.

ein Verschulden des Verletzers darin, dass dieser, als er den Kläger (Wilddieb) zu ergreifen suchte und den fliehenden Kläger verfolgte, die Flintenläufe seines geladenen Gewehrs, dessen Hähne gespannt waren, in einer solchen Richtung hielt, dass deren Inhalt den Kläger verletzen konnte. Dass der Beklagte an sich unter der Voraussetzung, dass Kläger in unbefugter Ausübung der Jagd begriffen war, zu dessen Ergreifung und Verfolgung berechtigt war, entbindet ihn nicht von der Beobachtung derjenigen Aufmerksamkeit und Vorsicht in der Handhabung seiner Waffe, zu welcher ein sorgfältiger Mann verpflichtet ist'. Bedenklicher erscheint der Schlusssatz: ‚Für eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens blieb hiernach kein Raum, so dass unerörtert bleiben kann, ob eine solche bei der actio legis Aquiliae überall zulässig ist'.

Den *Pernice*'schen Ausführungen schliesst sich *v. Bar*[1]) an: ‚Jede kulpose Handlung von Seiten eines Dritten unterbricht den Causalzusammenhang und hierauf beruht auch die bekannte, in diesem Umfang fälschlich so genannte Lehre — denn der Ausdruck kommt in den Quellen für die hier fraglichen Fälle nicht vor — von der Culpacompensation. In den Quellen ist von Compensation nur die Rede, wo die culpa sich auf verschiedene Thätigkeiten bezieht, nicht aber, wo es sich um einen und denselben Erfolg handelt. Von *Pernice* ist mit Recht angenommen worden, dass, wer sich selbst einen Schaden zufügt, durch eigene Unvorsichtigkeit, die zu fremder später hinzukommt, den Causalzusammenhang zwischen jener ersten Unvorsichtigkeit und dem schliesslichen Erfolg durchbricht und deshalb auf Schadenersatz keinen Anspruch

[1]) Grünhuts Ztschrft. Bd. 4, S. 45.

hat — eine Bemerkung, die insofern von grosser Bedeutung für das Strafrecht ist, weil, wenn sie wahr ist, die sog. Culpacompensation als Consequenz die allgemeine Causalitätslehre nicht nur für das Civil-, sondern auch für das Strafrecht ergiebt'.

§ 5.

Levison[1]) beschränkt sich im grossen und ganzen auf eine Kritik der eben angeführten Theorieen, ohne zur Aufstellung und Formulierung seiner Ergebnisse zu gelangen. Einzelnen Ausführungen entnehmen wir

a) Die bei Deliktskompensationen zu Tage tretende Erscheinung ist die, dass ohne Rücksicht auf den jedem Delinquenten erwachsenden Nachteil und ohne Berücksichtigung seines Interesses für keinen derselben eine Obligation weder in aktivem noch in pasivem Sinn entsteht, vielmehr gilt von derselben, wie *Eisenbach* sich treffend ausdrückt, ‚in ipsa nativitate perimitur.' Möglicherweise wird durch die gegenseitige deliktische Thätigkeit die Entstehung eines Nachteils überhaupt verhindert cf. S. 57. § 3 de contr. empt. 18, 1.

b) Die römischen Juristen betrachten die Art und Weise der Verursachung als den ausschlaggebenden Gesichtspunkt und lassen die Haftbarkeit des Schädigers nur soweit reichen, als nicht ein neues nicht vorauszusehendes Ereignis zwischen die schuldhafte That und den Enderfolg tritt. Dies zeigt sich namentlich in den Fällen der lex Aquilia, wofern ein verletzender Effekt ersichtlich durch die schuldhafte Handlung einer Person angerichtet worden und sodann durch Hinzuthun eines andern der bereits entstandene Schaden einen grösseren Umfang angenommen hat. Dabei ist es

[1]) l. c. S. 11 f.

denn durchaus gleichgültig — eine innere Rechtfertigung des Gegenteils wäre von dem vorhin charakterisierten Standpunkt der römischen Juristen aus schwerlich zu finden — ob die zuletzt eintretende Thätigkeit auf den Beschädigten selbst oder irgend einen Dritten als ihren Urheber hinweist. Teilt man[1]) auch die bei den römischen Juristen vertretene Auffassung von Causalität nicht, so wird man gleichwohl in praxi schwerlich zu einer gegenteiligen Entscheidung gelangen; nur die Begründung würde anders lauten. Man würde erwägen, dass, wenn neben der Verursachung eine Schuld zur Begründung der zivilistischen Haftbarkeit erfordert wird, es unbillig und ungerecht wäre, für den durch das successive Eingreifen mehrerer in culpa versierender Personen lediglich den Erstthätigen, der die Causalkette, ich möchte sagen, in Bewegung gesetzt hat, dem Benachteiligten gegenüber zum vollen Ersatz zu verpflichten. Kann man auch nicht abwägen, wie viel ein jeder zu dem Enderfolge beigetragen hat, so lässt sich doch die Schuld als solche in ihrer Beziehung zu den einzelnen, successiv eintretenden Erfolgen in gewissem Sinne bestimmen. Im allgemeinen würden wir daher auch von diesem Ausgangspunkte aus zu dem Satze kommen, dass der durch ein schuldhaftes Thun eingeleitete Erfolg, der kulposerweise gestiftete Schaden, der durch die nachfolgende schuldhafte Mitwirkung eines andern, des Verletzten oder eines dritten, vergrössert wird, nur teilweise dem Ersthandelnden zu imputieren ist, dass dagegen bezüglich der Vergrösserung die culpa des Zweiten als massgebend und überwiegend zu erachten und insoweit der Letzthandelnde den Schaden zu tragen bezw. zu ersetzen

---

[1]) S. 33 f.

hat. — Gut argumentiert *Levison*[1]) bei Besprechung der l. 21 § 3 de act. empt. 19,1 über den Kausalzusammenhang zwischen Schuld und Schaden: „Wird dieser auch nicht in Abrede gestellt, so wird gleichwohl die Ersatzpflicht des säumigen Verkäufers für den durch den Tod des Sklaven dem Herrn erwachsenen Nachteil negiert. Mit vollem Recht, denn ist auch durch die culpa des Käufers, der nicht anderweitig seinen Bedarf besorgt, der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Verkäufers (der Nichtlieferung) und dem hier in Rede stehenden Schaden (oder Teil desselben) nicht aufgehoben, so kann doch der Verkäufer insoweit nicht haften: Er haftet eben nicht unbeschränkt für alles das, was er verursacht hat, insbesondere nicht für den Schaden der ohne culpa des Gegenkontrahenten nicht zu gewärtigen gewesen ist. Existiert auch an sich keine Pflicht des Käufers, zum Zweck der Minderung der aus dem vertragswidrigem Verhalten des Verkäufers ihm erwachsenen Schadens irgendwie thätig zu werden in dem Sinne, dass die Verschuldung, die Pflichtwidrigkeit, dem Verkäufer irgend einen Ersatzanspruch gewährt, so übt doch ein derartiges passives Verhalten eines Kontrahenten einen rechtlichen Einfluss aus; die culpa des Beschädigten versieht gewissermassen eine negative Funktion, sie beschränkt, soweit ihr die Folgen zuzuschreiben sind, die Haftpflicht des Schädigers. . . . Der Gedanke,[2]) welcher die Römer bei diesen Erscheinungen leitet, ist eben immer wieder: ex communi malitia soll keine Klage entstehen. Sofern jemand an dem Schaden, den er selbst erleidet, in schuldhafter

[1]) S. 35 f.
[2]) S. 46.

Weise mitgewirkt hat, soll keine Teilung des Schadens stattfinden, es soll gar keine Klage für den Geschädigten zur Entstehung kommen. Hier würde die Feststellung, bis zu welchem Umfange der entstandene Nachteil der Schuld des einen, bis zu welchem der des andern zur Last zu legen sei, praktisch zu Unzuträglichkeiten führen, welchem Dilemma das römische Recht aus dem Wege geht. Wenn wir bei den in Rede stehenden Erscheinungen von Culpacompensation reden, so soll das nur bedeuten, dass die culpa des Geschädigten dem schuldhaften Verhalten des Gegners ein Gegengewicht entgegenstellt, sozusagen die Wagschale hält, und hierdurch die Entstehung einer sonst zu gewärtigenden Rechtsfolge, nämlich eine obligatio ex delicto, hindert . . . Die römischen Juristen beurteilen von verschiedenen Gesichtspunkten aus die einzelnen Fälle, die wir unter dem terminus Culpacompensation zusammenfassen und in zwei Gruppen scheiden: Bei der einen bezog sich die culpa des Beschädigten auf einen bestimmten Teil des in Frage stehenden Schadenserfolges, bei der andern bildete derselbe konkrete Thatbestand und der hierauf für beide Teile vorauszusehende schädliche Erfolg die Unterlage eines beiderseitigen, im wesentlichen gleich geartetem schuldhaften Verhaltens. Es lässt sich nun wohl kaum leugnen, dass gerade bei den Rechtsfällen der zweiten Gruppe (für sie wendet man vorzüglich den Compensationsbegriff an) das gemeine Recht den Geschädigten recht ungünstig behandelt, indem selbst das geringfügigste Vergehen desselben das Entstehen einer auch nur teilweisen Ersatzforderung hindert.'

§ 6.

Wendt[1]) definiert den Begriff Culpacompensation als eine verständliche Gedankenform für den Rechtssatz,

[1]) Iherings Jahrb. Bd. 31 N. F. 19, Nr. 3.

dass dem Vorwurf eines Verschuldens zur Abwehr der darauf gegründeten Ansprüche mit dem Gegenwurf eines nicht minder vorhandenen eigenen Verschuldens des Klägers selbst begegnet werden dürfe. Auch er schliesst sich der Zweiteilung der hierher gehörigen Fälle an und trennt die Gruppen unter den Gesichtspunkten der römischen Formulierung: paria delicta mutua pensatione dissolvuntur und quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intellegitur damnum sentire; er verwirft aber ihre Stellung unter dem Gesichtspunkte der Causalität und des Causalzusammenhangs im Hinblick auf die Sonderung der Begriffe Schuld und Ursache, wie sie sich besonders bei schuldhafter Unterlassung geltend mache. Viele Fälle, so sagt er sich, liegen so, dass kein Teil von Schuld freigesprochen werden kann und erst in diesen entsteht das Problem der Culpacompensation. „Erst, wer diese selbst zer„gliedert und sie dann ähnlich versteht, wie die Com„pensation der Forderungen, d. h. als einen modus „tollendi, würde dann als Ergebnis dieser Compen„sation Schuldlosigkeit des Thäters gewinnen, indem „die eine Schuld gegen die andere aufgewogen und „damit getilgt sein würde. Nur in solchem Sinne „könnte man die Culpacompensation als S c h u l d l o s i g„k e i t des Thäters infolge Verschuldens des Verletzten deuten.“ Den Rechtsgrund deduziert *Wendt* folgendermassen [1]): „Wegen eigener Schuld des Verletzten sollen „die sonst zuständigen Ersatzansprüche in Wegfall „kommen“ . . . paria delicta mutua pensatione dissol„vuntur, so spricht man wohl in gelegentlicher Rede„wendung, um den Erfolg damit zu bezeichnen, dass „der Deliktsthatbestand Straf- oder Ersatzansprüche „nicht erzeugt.“ „Von einer Compensation der Schuld

[1]) S. 155—157.

„zu sprechen, wäre dabei nur insofern erlaubt, als die „rechtliche Bedeutung der Schuld des Thäters durch „die eigene Schuld des Verletzten verändert und auf- „gehoben wird. In diesem Sinne allerdings wird die „eine Schuld durch die andere aufgewogen d. h. ent- „wertet und ihrer Folgen entkleidet, ohne doch in ihrem „Dasein geleugnet werden zu können.“ „Sonach drängt „doch alles dazu, als den entscheidenden Faktor ledig- „lich den schlichten Rechtssatz zu bezeichnen, dass „eigenes Verschulden dem Verletzten die ihm sonst „zuständigen Ersatzansprüche entzieht quod quis ex sua „culpa u. s. w.“ „Nicht das formelle Recht, sondern „eine Forderung der Billigkeit und Gerechtigkeit macht „sich darin geltend, nicht weil der Thäter ausser Schuld „ist, bleibt er von der Haftung befreit, sondern ob- „wohl an sich die Voraussetzungen seiner Haftung er- „füllt sind. Der Verletzte hat es sich selbst zuzuschreiben, „de se queri debet, das ist der wahre Ausdruck jener „Billigkeitserwägung.“ „Dar Ergebnis dieser Erörter- „ungen ist dann für *Wendt,* dass für die beiden gleich „im Eingang seiner Abhandlung unterschiedenen Grup- „pen von Fällen, die des einseitigen Verschuldens nur „des Verletzten und die andere der beiderseitigen Schuld, „im wesentlichen gemeinschaftliche Regeln zur An- „wendung zu bringen sind und dass die sog. Compen- „sationsfälle nur in gewissen Einzelheiten ihre Beson- „derheit finden, welche eben dadurch veranlasst werden, „dass neben dem Verletzten doch auch der Beklagte „seinerseits in Schuld ist. „Denn legen wir von Billig- „keit wegen auch zunächst darauf Gewicht, dass den „Verletzten ein eigenes Verschulden trifft und wird die „Schuld des Gegners deshalb als unbeachtlich betrachtet, „so wird diese Regel doch auch nicht als absolut und „ausnahmslos zu gelten haben. Vielmehr wird die

„gleiche Billigkeit unter Umständen doch dazu führen,
„die Schuld des Verletzten hinter der Schuld des Be-
„schädigers zurücktreten zu lassen[1])."

§ 7.

Wir wenden uns nun, nachdem wir die Materie unseres Begriffes in ihrer wissenschaftlichen Behandlung kennen gelernt haben, zu den Gesetzestexten, welche sie praktisch verwenden. Bereits Eingangs erwähnten wir, dass der Begriff der Culpacompensation in dieser Formulierung sich in den Pandekten an 3 Stellen verwendet findet.

1. Es ist zunächst l. 10. pr. D. de comp. 16, 2, welche wir hier namhaft zu machen haben, so bestritten auch im übrigen die Auslegung der Stelle ist und keineswegs erwiesen, ob sie wirklich von einer Culpacompensation handelt oder nicht doch von einer gewöhnlichen Forderungscompensation im Sinn der l. 1. h. t. Sie lautet: Si ambo socii parem neglegentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso iure compensatione neglegentiae facta. *Wendt*[2]) sieht von einer Erörterung ganz ab, würde ihr aber mit *Dernburg*[3]) einen Platz unter der uneigentlichen Culpacompensation anweisen. *Dernburg* selbst, welcher den Schaden für kompensiert gelten lässt, ‚wenn auch der durch den einen veranlassten Verlust Tausende, der dem andern zur Last fallende nur Hunderte betrug', hat in *Demelius*[4]) sowohl, wie

[1]) Entnommen: Endemann, Rechtswirkung der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten (1893); cf. besonders cap. II.

[2]) l. c. S. 147.

[3]) l. c. S. 323.

[4]) l. c. S. 53 f.

in *Levison*[1]) energische Bekämpfer seiner allerdings unhaltbaren Ansicht gefunden. Ersterer gelangt zur Uebereinstimmung mit der Erklärung der Glosse par neglegentia est, quae par damnum attulit, ohne das Gewagte dieser so korrekt erscheinenden Definition zu erkennen. Bedarf es überhaupt einer neglegentia i. e. culpa, um einen Verlust zu erleiden? Sind zwei Menschen gleich kulpos, deren einer im Kampf, der andere durch Selbstmord endigt? Und doch ist par damnum vorhanden — aber auch *Levison* hätte nicht nötig, die Frage aufzuwerfen, wie es gehalten werden sollte, wenn bei länger dauerndem Sozietätsverhältnis der eine socius einmal, der andere vielleicht zehn- oder zwanzigmal leichtsinnig verfährt — ist das dann par neglegentia? Darin nur können wir *Levison* beistimmen, dass es sich um Betreibung einer und derselben gesellschaftlichen Angelegenheit handeln muss, denn es widerspricht dem Begriff der Gleichheit bei Abstraktis, in ihrem tertium comparationis zu differieren. Der eine kann wohl auf die Jagd gehen, der andere ins Bad reisen, ohne sich eine Nachlässigkeit zu schulden kommen zu lassen, wenn gleich geringes Interesse an der Nichtausführung dieser Unternehmungen vorhanden. Impar neglegentia ist aber vorhanden, nicht nur, wenn einer das Sozietätsinteresse dabei vernachlässigt, sondern auch wenn der eine dadurch Hunderte, der andere Tausende riskiert. Uebrigens scheint uns *Levison* einen Trugschluss zu begehen, wenn er bei der l. c. von einer Compensation in zweifachem Sinne redet; wollte man so operieren, dann wäre jede Culpacompensation eine Doppelcompensation; der ethische Gesichtspunkt, dass Schädiger und Beschädigter in culpa sind, welche keinen

[1]) Levison S. 47 f.

schwerer belasten soll, als den andern, kann auf dem juristischen Privatrechtsforum, wo alles sich schliesslich um Mein und Dein dreht, keine Rolle spielen; nur auf die aus dieser culpa entstehenden Ansprüche kommt es an, und das ist das Wesen der Culpacompensation im Gegensatz zur Forderungskompensation, dass es sich hier um Aufrechnung bereits vorhandener Ansprüche handelt, während dort die Entstehung werdender unterdrückt wird. Recht geschickt bemerkt deshalb *Einert*[1]: negligentiae compensatio cum efficiat, ut negligens neuter putetur et sic non debita solum sed ipsam causam petendi corrodat, nullam sortitur mensuram ex quantitate damni per negligentiam dati. Quare si unius neglegentia commissum fuerit ut centum thalerorum iacturam socii perpetirentur, alterius autem culpa evenerit ut ipsius mille thaleri amitterentur, dicendum est neutrum teneri ad damni dati resarcitionem, nisi maior sit negligentia alterius ex eo ipso cognoscenda quod maioris summae periculum temere subierit. In einem unterscheidet sich jedoch die Stelle von ähnlichen: Hier wird durch par neglegentia gleichzeitig eine Schädigung beider Personen hervorgerufen; im allgemeinen lässt sich sonst nur eine Person als beschädigt bezeichnen, die andere, der Beschädiger, ist ersatzpflichtig. Im Hinblick auf diesen Unterschied müssen wir *Dernburg* und *Wendt* beipflichten und nicht, wie es *Levison* für angebracht hält, sie mit eigentlicher Culpacompensation auf eine Stufe stellen. Auch was *Sintenis*[2] gegen *Krug*[3] geltend gemacht hat, können wir adoptieren. Compen-

[1] De compensatione spec. I. Lips. 1830.
[2] Civilrecht II § 104 S. 416.
[3] § 55.

sation aus Forderungen, sagt er, wegen gegenseitiger Nachlässigkeit ist vollkommen zulässig; die hierüber sprechende Stelle l. 10 pr. D. h. t. versteht *Krug* wieder so, dass die Ansprüche selbst, ganz abgesehen von der Summe, sich aufheben und gewinnt dann das allgemeine Resultat, dass in Contraktsverhältnissen sich dolus mit dolus, culpa lata mit culpa lata, culpa levis mit culpa levis aufeben. Allein es ist in der par negligentia an einen entstandenen gleich grossen Nachteil gedacht, nicht dass sie sich aufheben soll, wenn etwa die eine auch ohne allen Schaden abgelaufen ist. Zu dem Anfang der Stelle gehört nämlich, um ihn richtig zu würdigen, das Folgende simili modo probatur etc. mit der negligentia, quae eadem quantitate aestimatur. Anstatt diese Worte zu berücksichtigen, stützt *Krug* seine Behauptung von der Gleichgültigkeit der Schadensgrösse auf l. 40 § 1 de damm inf. 39,2 — ein Fall, der gar nicht hierher gezogen werden kann.

§ 8.

An 2. Stelle ist es l. 3 § 3 D. de eo per quem 2, 10, welche als lex scripta die Culpacompensation erwähnt: si et stipulator dolo promissoris et promissor dolo stipulatoris impeditus fuerit quominus veniret, neutri eorum praetor succurrere debebit ab utraque parte dolo compensando — ein denkbar einfacher Fall, der in seiner Natürlichkeit an das gerade bei der Culpacompensation oft verwandte Wort erinnert: Quis tulerit Grachos de seditione querentes?[1]) Die Stelle ist an sich so einfach, dass sie keiner Erläuterung bedarf[2]);

[1]) Juvenal Sat. 2, 24 d. h. wer hört auf den, der selbst thut, wogegen er eifert?

[2]) Es handelt sich um die Frage der actio in factum gemäss titulus II, 10.

interessant ist mehr, ich möchte sagen, die philologische Beobachtung, dass Julian hier von einer Compensation spricht, die gar nicht gegenseitige Ansprüche ausgleicht — der promissor hat gar keinen — sondern die die Thatsache realisiert, die Ulpian an anderer Stelle mit den Worten illustriert[1]: quum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa, sicut fit quum de dolo excipitur petitoris; neque enim datur replicatio petitori: aut si rei quoque in ea re dolo actum sit — die Rolle des possessor spielt hier der promissor: hätte der stipulator diesen nicht ebenfalls gehindert, so hätte ersterer die Klage auf Entschädigung wegen Verlustes der von diesem zu stellenden Caution — so stehen letzterem, dem natürlich aus seiner Zurückhaltung kein selbstständiger Anspruch zusteht, doch die exceptio doli und si in ea re nihil actoris dolo factum sit zu. Mit Recht macht *Levison*[2]) auf die durch die erwähnte Parömie charakterisierte Rechtsanschauung der Römer, wie sie auch Paulus l. 91 § 3 D. i. f. de verb. obl. 45, 1 vertreten hat, aufmerksam — *Dernburg* erwähnt sie auffallenderweise nicht — nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur? Wir werden anderen Orts zu untersuchen haben, ob moderne Codifikationen die Stellung des Geschädigten nachsichtiger beurteilen.

§ 9.

Die dritte in diesem Zusammenhang zu erwähnende Stelle ist l. 57 § 3 D. de contr. emt. 18, 1 quodsi uterque sciebat et emptor et venditor domum esse exustam

---

[1]) l. 154 de R. J. 50, 17.

[2]) l. c. S. 13.

totam vel ex parte, nihil actum fuisse dolo inter utramque partem compensando et iudicio quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente stare non concedente. Im vorhergehenden erörtert die lex die verschiedenen Möglichkeiten eines Irrtums über die Existenz des Kaufobjekts; aber beiderseitige dolose Kenntnis der Kontrahenten von der Nichtexistenz des ge- und verkauften Hauses ist, da das Interesse keines der betrogenen Betrügers verletzt wird, einflusslos. (Auf den Unterschied zwischen Simulation und Dissimulation, der Verstellung in positiver und negativer Hinsicht, glauben wir an dieser Stelle nicht eingehen zu sollen.) Es gilt eben im vorliegenden Fall keine Partei als verletzt; eine actio venditi auf der einen, emti auf der anderen Seite wird nicht zugelassen. Da jeder Klage als ungerechtfertigt die exceptis doli generalis gegenübersteht und es keiner besonderen Einfügung derselben in die Formel des den Kauf beherrschenden bonae fidei indicium bedarf, um eine richterliche Entscheidung herbeizuführen; beide Forderungen gelangen gar nicht zur Entstehung. Man beachte noch einmal den Unterschied zwischen der compensatio der l. 10 cit. und den beiden letzteren Stellen: dort war die negligentia bereits von üblen Folgen begleitet, die sich gegenseitig jedoch eben um ihres kulposen Charakters willen die Wagschale hielten. — Hier gelangen um desselben Grundes willen klagbare Ansprüche gar nicht zur Entstehung, das Recht weist sie a limine ab. Gemeinsam ist allen drei Stellen — und das heben wir im Hinblick auf später uns beschäftigende Differenzierungen hervor — der Kampf um eine gleichwertige, gewissermassen uno eodemque actu konkurrierende culpa, die die Schadenersatzansprüche wirklich

‚in ipso nativitate' erstickt. *Levison*[1]) wendet diesen Eisenbach'schen[2]) Ausdruck auf Deliktskompensationen an, wie uns scheint, in seiner Wahl nicht allzu glücklich — sind bei Real- und Verbalinjurien in continenti wirklich keine Ersatzansprüche entstanden? Unseres Erachtens doch — nur wird die richterliche Cognition sich auf deren Charakter als wirklich paria delicta zu erstrecken haben. Und wie, wenn sie als impar erkannt werden, der eine Delinquent z. B. den andern lediglich getroffen, jener ihm ein Auge ausgestossen hat? Hier lässt sich doch erkennen, dass sich die Schadensersatzansprüche sehr wohl der Nativität erfreuen und nur der richterlichen Prüfung das Peremptionsrecht zusteht. Anders in den erwähnten 3 Fällen, wo thatsächliche Parität der Delikte mit ihnen selbst in die Erscheinung tritt.

§ 10.

Das Preussische Landrecht bestimmt in seinem 1. Tl. 6. Tit. § 18: Von der Vergütung eines aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügten Schadens wird der Beleidiger durch die miteintretende Verschuldung des Beschädigten nicht befreit.

§ 19. Hingegen darf der unmittelbare Schaden und der entgangene Gewinn nicht ersetzt werden, wenn der Beschädigte bei Abwendung desselben sich selbst ein grobes Versehen hat zu Schulden kommen lassen.

§ 20. Ein dergleichen eigenes grobes Versehen des Beschädigten macht denselben aller Schadloshaltung verlustig, wenn der Schaden nur aus einem mässigen oder geringen Verfahren des Beschädigers entstanden ist.

---

[1]) l. c. S. 11.

[2]) Eisenbach l. c. S. 22.

§ 21. Der Ersatz des aus geringem oder mässigem Versehen entstandenen mittelbaren Schadens und entzogenen Gewinnes fällt schon alsdann weg, wenn der Beschädigte den Nachteil durch Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit vermeiden konnte.

Ferner vergleiche man Preussisches Landrecht 1. Tl. 5. Tit. § 321. Ist die Unmöglichkeit, sich der Sache solcher gestalt zu bedienen, durch eigenes oder auch nur geringes Versehen des Empfängers entstanden, so kann derselbe von dem Geber keine Vertretung fordern (Schadenersatz wegen Eviktion).

Endlich hinsichtlich der verschiedenen Unmöglichkeit der Erfüllung der Obligation

§ 362. Fällt beiden Teilen bei der eingetretenen Unmöglichkeit ein gleicher Grad der Verschuldung zur Last, so muss jeder dem andern den unmittelbar daraus entstehenden Schaden ersetzen.

§ 363. Wegen des mittelbaren Schadens aber findet gegenseitig kein Anspruch statt.

Im Preussischen Landrecht finden wir also im Gegensatz zum römischen Recht bezüglich der Compensation dolus und culpa lata gleichgestellt und im einzelnen mit Rücksicht auf die verschiedenen Arten des Schadens und Grade des Verschuldens kasuistische Abstufungen getroffen. Aeusserst billigenswert ist das Prinzip, dem richterlichen Ermessen die freie Beurteilung des Einzelfalls zu überlassen, somit eine Reduktion des Culpacompensationsbegriffes auf die wägende Prüfung richterlichen Verständnisses.

§ 11.

Auch das österreichische bürgerliche Gesetzbuch lässt das Verschulden des Verletzten auf die Höhe des

zu ersetzenden Schadens einwirken. Es bestimmt § 1304: Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seiten des Beschädigten eintritt, so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismässig und wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt, zu gleichen Teilen.

Einzelanwendungen dieses Prinzips treten ein im § 1299, der von der Haftung desjenigen handelt, der sich zu einem Amte, zu einer Kunst, einem Gewerbe oder Handwerk öffentlich bekennt, oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse oder einen nicht gewöhnlichen Fleiss erfordert. . . Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überliess, die Unerfahrenheit desselben gewusst oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können, so fällt zugleich dem Letzteren ein Versehen zur Last.

Ebenso muss nach § 1307, wenn die Beschädigung im vorübergehenden Zustande der Sinnesverwirrung geschah, dieser Zustand aber zugleich auch Schuld des Beschädigten und Beschädigers herbeigeführt wurde, Teilung eintreten. Nicht anders, wenn jemand durch ein Tier beschädigt wird, welches von ihm selbst und einem andern zugleich gereizt wurde. Die Begründung dieser Bestimmung des a. b. G. B giebt uns *Zeiller* in folgender naturrechtlichen Erwägung[1]).

Wie es gerecht ist, dass jener, welcher nur sich den Schaden beimessen muss, oder dass jener, welcher allein den andern beschädigt hat, den ganzen Schaden übernehme, so ist es auch gerecht und billig, dass, wenn sowohl der Beschädigte, als ein Dritter an der

---

[1]) Commentar Bd. 5, S. 726, Nr. 1, 2, s. auch Demelius l. c. S. 82 f.

Beschädigung Schuld tragen, der Schaden unter beide verteilt werde.

Hierzu bemerkt Demelius, durch diese naturrechtliche Spekulation, welche ihre sehr bedenklichen Seiten habe, werde der Knoten durchhauen, statt gelöst; alles sei damit auf die subjektive Willensrichtung gestellt, statt aus dem Causalverhältnisse werde der Schaden nach der Grösse des Versehens verteilt. Während nach römischem Rechte der Beschädigte, wenn er seinen Nachteil selbst verschuldet, gar nicht als verletzt erscheint, und demgemäss die konkurrierende Schuld eines Andern als unschädlich und deshalb juristisch wirkungslos behandelt wird, glaubt das österreichische Gesetzbuch den andern, dessen Verfahren ja auch zu missbilligen ist, gleichsam nicht ohne die verdiente Ersatzpflicht wegkommen lassen zu dürfen. Demelius exemplifiziert seine Ansicht näher — wir glauben ihm das einfache Beispiel entnehmen zu dürfen: Wenn ich einen undeklarierten Brief verliere, der 1000 Mk. enthält, soll ich 500 ersetzen?

§ 12.

Anders der code civil, der zwar über Culpacompensation nichts Ausdrückliches bestimmt, in Art. 1150 und 1151 jedoch, soweit der Beschädiger nicht dolose gehandelt hat, in Contraktsverhältnissen die Leistung verlangt des dommages-interêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat und gehaftet wird für das, qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention (= Contrakt); hierdurch werden einerseits die Fälle getroffen, wo spätere Schuld, gewissermassen culpa superveniens, den eigentlichen Schaden veranlasst hat, andrerseits die, in welchen der Beschädiger durch des Beschädigten kulposes Mitwirken

die schlimmen Folgen seiner eigenen Schuld nicht ahnen konnte. Ebensowenig ist für deliktische Schadenersatzansprüche eine ausdrückliche Bestimmung getroffen; Zachariae[1]) giebt in seinem Commentar die Normierung des zu leistenden Ersatzes dem richterlichen Ermessen anheim; gegen Noxalklagen lasse sich die exceptio verwenden, dass der Beschädigte an der erlittenen Beschädigung selber die Schuld trage.

§ 13.

Der codex Maximilianeus Bavaricus civilis v. J. 1756, soweit er heute gilt, bestimmt in Teil IV, Cap. I, § 20, Note 4:

Von der Convention und den hieraus entspringenden Pflichten kann derjenige, welcher an dem erfolgten Schaden oder Verlust selbst mit in culpa ist, von dem andern schuldhaften Teil derwegen niemals eine Erstattung begehren.

IV, II, 5, 11: Sind etwa beide Teile in culpa z. B. wenn eine Sache wissentlich zu gefährlichem Gebrauch geliehen und hier einer beschädigt oder gar zu Grunde gerichtet wird, so pflegt man weder einnoch andrerseits culpam zu prästieren.

IV, III, 16, 4: Gewährschaftsleistung kann nicht begehrt werden, wenn der, welcher schadlos gehalten sein will, schon vor erlangtem Besitz gewusst hat, dass die evinzierte Sache fremd gewesen sei. Diese Sätze bedürfen keiner Erläuterung.

§ 14.

§ 248 des Entwurfs bestimmt an Stelle des abgeänderten § 222:

---

[1]) Handbuch d. franz. Civilr. II, § 444, S. 472.

Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder andern Teil verursacht worden ist. Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern.

Der Möglichkeit eines dolus ist in diesem § nicht besonders gedacht. Immerhin — und darin können wir *Wendt*[1]) beistimmen — wird für das Gebiet der Fahrlässigkeit der zutreffende Grundsatz ausgesprochen und unter Vermeidung weiterer Casuistik der richterlichen Beurteilung freier Raum gewährt, um der Besonderheit jedes einzelnen Falles gerecht werden zu können. Auch ist mit Recht die schuldvolle Nichtverhinderung des Schadens von der culpa in faciendo nicht getrennt und also im wesentlichen nach den bisherigen Entscheidungen der Gerichte verfahren worden. Der Schlusssatz des § 248 soll dabei dem richterlichen Ermessen noch gerade die Richtung anweisen, die Schwere der Schuld gegenseitig abzuwägen und danach zu entscheiden. Die *Levison*'schen Bedenken[1]) gegen die ursprüngliche Fassung möchten damit gehoben sein, auch findet sich in den Motiven zu derselben noch positives Beweismaterial für die sachlich recht korrekte Fassung der abgeänderten Entwurfsnorm.

Mit Recht hat *Wendt* in seiner Abhandlung ‚Eigenes Verschulden' eine Anzahl von Rechtsfällen scharf von

---

[1]) Iherings Jahrb. 31, n. f. 19 S. 172.

[2]) S. 56 f.

der Culpacompensation geschieden, welche auf anderen Voraussetzungen basieren und eine culpa nur auf einer, der klägerischen Seite, kennen, während den Thatbestand auf Seiten des Beklagten lediglich ein diesem gegenüber objektiv begründetes Klagerecht bildet, welches er eben durch den Nachweis der klägerischen culpa vernichtet. Es sind dies namentlich Fälle, in welchen wir das Gebiet der Rechtsanalogie betreten müssen, um zu einer Würdigung der aequitas zu gelangen, wo uns die Quellenentscheidungen im Stiche lassen und nur moderne Rechtssätze die Funktion ersatzausschliessender culpa in den Wortlaut ihrer Normativbestimmungen aufgenommen haben.[1]) Merkwürdigerweise haben weder *Demelius* noch *Levison*, die unserm Thema doch selbständige Betrachtungen widmeten, dieser sogar in kritischer Beleuchtung des ersteren, diesen prinziellen Unterschied bemerkt und von der wirklichen Culpacompensation geschieden.

Aus dem römischen Recht sind es vier Aktionen, die wir hervorzuheben haben, die actio de recepto, de pauperie, emti venditi und locati conducti[2]).

§ 15.

Die erstgenannte Klage gründet sich auf das prätorische Edikt[3]) nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo. Die Motive erblicken seine Nützlichkeit in der Notwendigkeit, den Wirten etc. Hab und Gut auf Treu und Glauben anzuvertrauen. Treffend werden dann die nautae definiert als qui navem exercent, die

---

[1]) cf. Wendt S. 139.

[2]) mehr sind bei Wendt l. c. erwähnt.

[3]) l. 1 pr. D. h. t. 4, 9.

caupones und stabularii: qui cauponam vel stabulum exercent institoresque eorum — sie alle haften nicht nur wegen dolus und culpa, sondern auch, wie l. 3 § 1 hervorhebt etiamsi sine culpa res periit vel damnum datum est. Dieser Passus trennt das rezeptorische Klagensystem von der Culpacompensation. Dadurch jedoch, dass dem wegen nicht erfolgter Restitution der Rezepten belangten Betriebsunternehmer gewisse Exzeptionen — das Edikt bezeichnet naufragium und piratarum vis als damnum fatale [1]) — zustehen, dürfen wir uns wohl berechtigt halten, auch den Einwand eigenen Verschuldens des Klägers als liberierende exceptio anzuerkennen. Die actio de recepto wird hierdurch zum Typus einer ganzen Gruppe, wie ihn die moderne Gesetzgebung mit einem glücklichen Griff ins alte Aktionensystem dem Rechtsleben wiedergegeben hat. Hierher — und das ist eine prinzipielle Verkennung, die *Levison* veranlasst hat, das Haftppichtgesetz der Culpacompensation zu unterstellen — gehört § 1 dieses Gesetzes vom 7. Juni 1871; hierher *Seuffert* mit verschiedenen praktischen Fällen [2]) z. B. inbetreff der Haftung des Gastwirts für die Sachen seines Gastes, wenn dieselben schon auf dem Weg vom Bahnhof aus dem Hotelwagen abhanden kommen: Kläger ist abzuweisen, weil er diesen Verlust durch unvorsichtiges Benehmen mit verschuldet hat: Eine Unvorsichtigkeit ist nämlich darin zu erblicken, dass der Kläger die fragliche Handtasche, ohne dem Kutscher zu sagen, dass dieselbe eine grosse Summe Geldes enthält, in den Omnibus verbringen liess, während er keineswegs annehmen konnte, dass dieselbe sofort werde zurückge-

[1]) l. 3 § 1 a. E. h. t.

[2]) Seuffert II 49, VII 40, VIII 48, XXXV 205 (unser Beispiel).

bracht werden, dem Kläger auch bekannt sein musste, dass zur Bewachung des Omnibus ausser dem Kutscher niemand zugegen war'. — Wohl möchten aber hierhergehören die Artikel 395 und 607 des Handelsgesetzbuches, § 6 des Postgesetzes vom 28. Okt. 1871, § 150 Abs. 1 des preussischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865, welche übereinstimmend die Haftung für Schadensersatz ausschliessen, wenn die Schädigung selbstverschuldet ist. Z. B. ‚der Frachtführer, Verfrachter, Betriebsunternehmer haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass der Verlust durch . . äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist'. Oder: ‚Die Verbindlichkeit der Postverwaltung zur Ersatzleistung bleibt ausgeschlossen, wenn der Verlust durch die eigene Fahrlässigkeit des Absenders herbeigeführt worden ist.' Motivierend reduziert das Urteil eines bei *Seuffert*[1]) angeführten Falles: Der, welcher ein Bergwerk betreibt, soll für das Verschulden seiner Angestellten unbedingt und in gleicher Art wie für das eigene Verschulden haften. Es bezweckt § 2 des Haftpflichtgesetzes nur die allgemeine Einführung eines in den meisten Rechtsgebieten bisher reprobrierten Grundsatzes. Man vergleiche ferner[2]): Einleuchtend ist, dass bei einer gewissen Beschaffenheit des Falls die verneinde Entscheidung sich rechtfertigt, dann nämlich, wenn der Getötete oder Verletzte dolos gehandelt, während dem andern nur ein Versehen zur Last fällt, nicht weniger aber auch dann, wenn der erstere eines frevelmütigen Leichtsinnes sich schuldig gemacht, der

[1]) Bd XVI, Nr. 32
[2]) Bd. XIX, Nr. 86.

letztere nur ein unbedeutendes Versehen beging. Unter solchen Umständen lässt sich mit Grund nicht behaupten, der Angestellte sei es, welcher im Sinne des eine Haftung für den Schaden aussprechenden Gesetzes den Tod oder die Verletzung herbeigeführt habe.

Ein Hauer war in einem neuen Braunkohlenbergwerksbruch arbeitend durch Niedergehen des Bruches getötet worden; der Beklagte stellte der Alimentationsklage konkurrierendes Verschulden entgegen, weil der Arbeiter, ungeachtet er die Vorzeichen des Niedergangs wahrgenommen habe, und obwohl er aufgefordert worden sei, sich zu retten, noch ein Weilchen fortgearbeitet habe; in einem andern Fall [1]) war Klägerin ohne Billet gefahren und bei verspätetem Aussteigen, während der Zug schon in Bewegung war, verletzt worden. Ueberall aber in derartigen Fällen genügte die Thatsache, dass das in die Beförderungsaktion eingetretene Subjekt oder Objekt zu Schaden gekommen war, zur Klagebegründung — die Schuldfrage spielte dabei auf Seiten des haftenden Unternehmers keine Rolle.

§ 16.

Durchaus gleichartig mit der eben besprochenen römischen actio de recepto ist die actio de pauperie, eine Noxalklage, welche dem Beschädigten zustand, wenn ein Tier Schaden verübte, ohne dass jemanden die Schuld trifft — pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuriam fecisse quod sensu caret [2]). Liegt also eine Verschuldung vor [3]) — quodsi propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis

[1]) Seuffert, XVI, Nr. 22, S. 38.
[2]) l. 1 § 3 D. si quadr. 9, 1.
[3]) cf. hierzu Wendt S. 141—144.

aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, et si instigatu alterius fera damnum dederit — cessabit haec actio; um so mehr kommt sie in Wegfall bei eigener Anreizung durch den Verletzten, direkt oder indirekt z. B. beim Einsteigen in ein von Hunden bewachtes Gebäude. Setzen wir mit Demelius[1]) den Fall, dass der Herr eines schlimmen Hundes denselben ohne Vorsichtsmassregeln frei herumlaufen lässt: Jemand reizt das Tier unvorsichtigerweise und wird deshalb gebissen, während ohne dieses Reizen dieser schädliche Erfolg ausgeblieben wäre. Soll der Herr des Tieres die Folgen der Verwundung mit tragen, und vielleicht, wenn sein Verfahren sich als noch unvorsichtiger herausstellt, als das des Gebissenen, $^3/_4$ des Nachteils, welcher doch sicher gar nicht eingetreten wäre, ohne einen Umstand, der lediglich dem Beschädigten zur Last fällt? Die Polizei mag ihn strafen, aber dass er den Nachteil tragen soll fremden Leichtsinns, der wirklich zu Schaden geführt hat, wegen seines Versehens, das ohne jenen Leichtsinn nicht dazu geführt hätte, dürfte ein Resultat sein, an dessen Gerechtigkeit und Billigkeit zumal diejenigen leicht zweifeln werden, die mit *Mommsen* nichts natürlicher finden, als dass ein jeder die Folgen seiner Nachlässigkeit selbst zu tragen hat — Nach den alltäglichen Vorkommnissen des öffentlichen Verkehrs kann weder das Reiten im Galopp noch auch das Vorüberreiten auf der rechten Seite ungeachtet der Anwesenheit anderer Pferde eine verantwortliche Unvorsichtigkeit des auf offener Strasse Vorüberreitenden begründen[2]).

[1]) Demelius l. c. S. 83.

[2]) cf. Seuffert XXXI, Nr. 235; ebenso l. 52 § 3 D. ad l. Aquil. 9, 2.

Auch die übrigen Noxalklagen des justinianischen Rechtes, wegen Delikten der Hausuntergebenen z. B., nötigten den Eigentümer (zur Zeit der Litiskontestation cum noxa caput sequitur) eines schuldhaften Sklaven, für dessen Delikte einzustehen und Schadensersatz zu leisten oder den Delinquenten, wie die Vierfüssler zur Zwölftafelzeit, noxae dare — aut da aut solve. So begründet l. 62 § 1—7 D. de furt. 47, 2 die Haftungspflicht des Besitzers für die Veruntreuungen der Sklaven, si nulla culpa ipsius intercedat. Auch das bei *Seuffert*[1]) angeführte Beispiel einer Ersatzklage wegen Wildschadens darf hier erwähnt werden: In einer Obstbaumschule waren ca. 1500 junge Stämme und Gesträuche durch Hasen erheblich beschädigt. Gegen des Beschädigten Ersatzklage erhob der beklagte Jagdberechtigte die Einrede des eigenen Verschuldens, indem Kläger versäumt habe, die Baumschule mit einer gehörigen Einfriedigung zu versehen und die Stämme mit Fett zu bestreichen, welches die Hasen abgehalten haben würde, dieselben abzunagen.

§ 17.

Auch die Kauf- und Miethklagen[1]) gehören hierher, insofern das Interesse des Käufers, dem die gekaufte Sache evinziert wird, ohne dass er von dem ihm von Rechtswegen zustehenden Ansprüchen (Wahlrecht, auf Retention) Gebrauch macht, in seinem Evictionsprozess reduziert wird. So l. 45 § 1 D. de act. emti et vend 19, 1: A verkauft — bona fide selbstverständlich — an B einen ihm nicht gehörigen Bauplatz, auf dem dieser ein Haus baut. Später lässt sich B, obgleich er dem wahren Eigentümer C gegenüber

[1]) cf. Wendt, S. 143.

wegen seiner Impensen ein Retentionsrecht geltend machen könnte, das Grundstück von C evinzieren. Und dieser Culpa willen ist A für die Impensen des Hausbaus nicht ersatzpflichtig, res ad periculum venditoris non pertinet. Anders verhält sich die Sache natürlich, wenn A sciens alienum vendidit. Was *Levison*[1]), der den Fall wieder an falscher Stelle behandelt, Undeutliches erkennen will, ist uns nicht klar geworden; von einer Unterbrechung des Causalzusammenhangs kann auf keinen Fall die Rede sein. Auch *Wendt* scheint sich über den Charakter der Stelle nicht ganz klar zu sein, wenn er das sciens § 1 a. E. mit der Culpa des Käufers identifiziert. In ähnlichem Sinn statuiert ferner l. 23 § 8 D. de aedil. ed. 21, 1: A verkauft an B einen Sklaven, welcher den C bestiehlt; B entschädigt den C, ohne den servus noxius diesem zu überlassen, was ihn bedeutend billiger gekommen wäre; infolgedessen muss er sich mit der Preishöhe des Sklaven, wozu der A verurteilt wird, begnügen. Hätte B dem C die noxae datio geleistet, so hätte er A gegenüber ein höheres Interesse geltend machen können; deshalb lobt Ulpian des Julians Sentenz als humanior: hoc detrimentum sua culpa emptorem possessurum, qui cum posset hominem noxae dedere maluerit litis aestimationem sufferre. Bei Erörterung dieser Stelle gelangt *Levison*[1]) zur Uebereinstimmung mit *Pernice,* indem er sagt: ‚Der Wille des Beschädigten'. — des B, der dem A durch Zahlung des Geldinteresses der Restitution ein finanzielles Plus bereitet hat — ‚erscheint nicht als Grund der Compensation der Culpa d. h. des Wegfalls der zu gewärtigenden Entschädigungspflicht des Verletzers, sondern als Grund für die

[1]) l. c. S. 35.

Annahme einer Culpa überhaupt auf Seiten des Geschädigten.' Sehr richtig — bis auf die schon oben beanstandete Identifizierung von Culpa und Entschädigungspflicht des Verletzers; ist denn das noch eine Culpa? Zumal in unserem Fall, wo nicht einmal die Quelle von einem servus noxius als hierdurch ausgezeichnet spricht? Wie, wenn der Delinquent sich, solange er bei A war, nie vergangen und erst beim B das Stehlen gelernt hätte? Soll in diesem Falle Verkäufer haften? Welcher Haftungsgrund müsste dann vorliegen? Gerade wo die Quellen selber so sparsam sind mit der Anwendung des Begriffs der Culpacompensation, müssen wir uns hüten, denselben hineininterpretieren zu wollen, wo des Rätsels Lösung eine einfachere ist.

Einfacher ist der Thatbestand l. 11 § 12 D. de act. empti vend. 19, 1, der in schlichten Worten kündet, dass der Käufer cui manifestum fuit noxium servum fuisse und ihn dennoch kaufte, gegen den Verkäufer weder die Stipulations- noch Kaufsklage anstrengen könne, wenn er mit der Noxalklage belangt sei, weil dies eben erst bei Auftreten des Geschädigten gegen den Käufer letzterem klar wird. Nur quanti minimo defungi potuit tantum consequi — womit er selbst hätte wegkommen können — könne er den Verkäufer belangen. So einfach die Stelle ist — *Levison* übergeht sie, gelangt aber später zu demselben Ergebnis — so zeichnet sie doch die römisch-rechtliche Idee von der streng ausgleichenden aequitas in festen Strichen, die dem Benachteiligten kein Pardon gewährte, wenn sein eigenes Verhalten nicht makellos dastand. Verwandt ist auch der Thatbestand l. 29 § 1 D. de evict. 21, 2: A verkauft an B und verspricht ihm Schadensersatz in Höhe des zweifachen Kaufpreises für den Fall der Eviktion; culpa vel sponte — was hier ganz gleich-

gültig, denn auch sein Wille wäre Leichtsinn — giebt er den Besitz auf und unterliegt in der Restitutionsklage; natürlich fällt die Eviktionsverbindlichkeit des A weg; — bei dieser Interpretation, und sie scheint uns die natürliche, verliert der *Pernice*'sche, nachher von *Levison*[1]) unterstützte Versuch an Wert, der in Bekämpfung der Demelius'schen, allerdings mit unzureichenden Mitteln erfochtenen Behauptung von dem Willensmoment der culpa des Beschädigten, dazu gelangte, culpa und sponte als Gegensätze zu betrachten. Der Sinn des Satzes duldet nur eine Parallele, die dem Gedankengang einer Selbstschädigung durch willenlose Nachlässigkeit oder gewollten, trotzdem und gerade deshalb aber kulposen Leichtsinn zu statten kommt. Scharfe Contraste verbindet übrigens der Lateiner auch nicht durch vel! Von den sonst noch hierhergehörigen Stellen dieses Titels, l. 55 pr., 56 § 1 und 3; 66 pr. erwähnen wir seiner Prägnanz halber noch: si cum possit usucapere emptor non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur, unde si evictus est servus, non tenetur venditor. Auch der der cautio damni infecti zu Grunde liegende Gedanke liesse sich hier erwähnen, *Ihering* führt darüber aus[2]): Bei der cautio damni infecti liegt das Moment der Schuld etwas versteckter; (cf. Jahrbücher IV S. 98) dem Grundsatz getreu, dass ohne persönliche Verantwortlichkeit keine Verpflichtung zum Schadensersatz existiert, erklärt das römische Recht den Grundbesitzer für allen durch das Einstürzen oder oder Hinüberfallen seines Gebäudes oder einzelner Teile desselben verursachten Schaden nicht für verantwortlich. Denn um ihn dafür verantwortlich zu

---

[1]) l. c. S. 19.

[2]) Das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867) S. 27.

machen, müsste ihm von Seiten des Gegners der Vorwurf entgegengesetzt werden können, dass er denselben hätte voraussehen können, diesen Vorwurf aber, wenn er erhoben wird, kann er seinem Gegner in verstärktem Masse zurückgeben (l. 18 § 8 D. de damno inf. 39, 2); denn der Bedrohte ist doch vor allem dabei interessiert, der Gefahr vorzubeugen. Eben dazu nun, das Moment der Verschuldung im voraus festzustellen, dient die cautio damni infecti; sie enthält gleich der interpellatio bei der mora die Erinnerung des Lässigen an seine Pflicht, die Aufforderung, entweder die nötigen Massregeln zu treffen, oder, wenn er sich nicht dazu verstehen will, dem Gegner für allen Schaden aufzukommen. Gleich der interpellatio bei der more wälzt sie den casus auf den Säumigen, nur dass dies hier, wo ein Obligationsverhältnis noch nicht existiert, in Form eines besonderen Versprechen geschieht. Bei dieser *Iherings* Originalität entsprechenden Deduktion erkennen wir die verwandten Beziehungen, die die in Frage stehenden Institute verbinden.

§ 18.

Von einer Heranziehung praktischer Fälle[1]), wie sie *Seufferts* Archiv in grosser Anzahl aufweist, können wir hier, wo es uns hauptsächlich um quellenmässige Begründung dogmatischer Fragen zu thun ist, füglich absehen. *Wendt* führt sie[2]) in ziemlicher Vollzähligkeit an, um dem Gedanken, dass in dieser Gruppe die Culpacompensation noch keinen Eingang gefunden hat, ein empirisches Relief zu verleihen. Unter Ver-

---

[1]) cf. vor allem die auf S. 33—35 dsr. Arbt. angeführten Fälle.

[2]) S. 140, 141, 142, 143, 144, 149, 169, 170, 184, 186, 189.

weisung auf § 15 dieser Abhandlung und die daselbst angeführten, der Praxis entnommenen Fälle glauben wir uns mit der Fixierung des kompensatorischen Begriffes im deutschen Recht, insoweit er seiner prinzipiellen Stellung nach an diesem Punkte anzuführen ist, begnügen zu können. Uns war es darum zu thun, auf die verwandten Rechtserscheinungen der deutschen Praxis und Theorie hinzuweisen unter Betonung der Unterscheidungsmerkmale von eigentlicher und uneigentlicher Culpacompensation. Indem wir die Kreise, die diesen Begriff umgrenzen, enger und enger ziehen, gelangen wir dem Zielpunkt näher, den wir Eingangs als wünschenswert bezeichneten, einer Reduktion des Begriffes auf einzelne, wenige Rechtserscheinungen, der Löschung desselben in einer thatsächlich nicht berechtigten Allgemeinheit der Geltung.

§ 19[1]).

Man hat bei der uneigentlichen Culpa- oder Deliktskompensation zweierlei Punkte streng zu berücksichtigen: Einmal handelt es sich in der uns interessierenden Frage lediglich um die Ausgleichung privatrechtlicher Ansprüche, wie sie aus Delikten zur Entstehung gelangen können; unabhängig hiervon versieht das ius puniendi des Staates seine, ich möchte sagen, ethisierende Funktion, kommt also hier in keiner Weise in Betracht, wie es ältere Juristen mit der Ueberzeugung dogmatischer Autorität angenommen haben. Die Kriminalstrafe ist nicht des Anklägers wegen festgesetzt, sondern des Staates und seiner Gesellschaft wegen und sie besteht ungeachtet zivilrechtlichen Ausgleiches noch fort; cf. l. 2 § 4, l. 14 (13) § 5 ad leg.

[1]) Hierher gehört auch noch das § 20 unten gesagte.

Iul. 48,5. Dass aber auch im Privatstrafrecht einander gegenüberstehende Delikte nicht, wie die in der romanistischen Theorie überwiegende Meinung hergebrachtermassen lehrte [1]), kompensiert worden sind, ersehen wir aus der gelegentlich schon erwähnten l. 38 § 2. D. de noxal. act. 9, 4 von *Ulpian*, wo es heisst: si servus meus rem tuam subtraxerit et vendiderit, tuque nummos, quos et pretio habebat, ei excusseris, locus erit furti actioni ultro citroque; nam et tu adversus me furti ages noxali servi nomine et ego adversus te nummorum nomine. Es kann also nicht etwa der mit einer Deliktsklage belangte diese durch Hinweis auf das vom Kläger begangene Delikt aus dem Felde schlagen. Auf eine interessante Aussnahme macht übrigens *Hartter* [2]) aufmerksam: „Dass nämlich der Fiscus das Recht habe, gegen den, der in eine Geldstrafe verurteilt ist, aus dieser Strafe im Namen des Staats die Abrechnung entgegen zu setzen, bestätigt der Jurist *Papinian* in l. 17 D. de comp. 16, 2 unbedingt, indem er einen zu einer Geldstrafe verurteilten Getreidewucherer, quod artiorem annonam aedilitatis tempore praebuit, der den Fiscus wegen einer Forderung an diesen beklagt, mit seiner Klage wegen eintretender Compensation abweist". Diese Möglichkeit hat auch bereits *Kleinschrod* [3]) erkannt. Zweitens — und um dieses Punktes willen halten wir uns für berechtigt, dieser Art von Culpacompensation das Attribut ‚uneigentlich' beizulegen — ist es ein eng beschriebener Kreis von Deliktsfällen, die sich dem Compensationsgedanken unterordnen. Hier, an der führenden

[1]) So noch Hartter d. röm.-deutsche Recht d. Comp. § 43 A. 3
[2]) Hartter l. cit. S. 138.
[3]) Entwicklung d. peinl. Rechts (1794) II § 92.

Hand der Quellen durchschreiten wir ein Gebiet, wo das ius cogens bindende Normen aufgestellt hat und uns seine Vernachlässigung verbietet.

§ 20.

Hatten sich[1]) beide Ehegatten vergangen, so fand Compensation ihrer Vergehen statt. Papin. lib. II quaest. l. 39 D. sol. matr. viro atque uxore mores invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrumque pronunciatum est: Id ita accipi debet, ut ea lege quam ambo contempserunt, neuter vindicetur: Paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur. Beide Teile haben den ehelichen Pflichten, die gewissermassen durch Gegenseitigkeit bedingt sind, zuwidergehandelt, den Geist einer wahren Ehe verkannt; keiner kann sich über den andern beklagen. Verkannt ist es, wenn man in dem Auspruch Papinians den allgemeinen Grundsatz finden wollen, dass sich gleiche Delikte, auch wenn sie nicht in einer inneren Verbindung stehen, gegeneinander aufheben. Es existiert kein allgemeines Prinzip[2]), dass sich gleichartige Delikte, deren sich zwei Personen gegen einander schuldig machen, kompensierten — anders *Glück, Krug, Hartter*[3]). Vielmehr ist immer ein besonderes Verhältnis vorausgesetzt, in welchem die Strafbarkeit des einen Teiles gewissermassen als durch die Unschuld des andern Teils bedingt erscheint. Dieses ist offenbar in l. 3 § 3 D. de eo per quem 2, 10 der Fall, nach welchem aus einer cautio iudicio sisti, die durch doppelten dolus kommittiert wurde, nicht geklagt werden soll: ferner

[1]) Aus Dernburgs Compensation (1868) S. 145.
[2]) Glück, XV, S. 68, Krug, l. c. S. 138, Hartter l. c. 137.
[3]) Dernburg, Comp. S. 145, A. 3.

in l. 57 § 3 D. de in diem addictione 18, 1, wo sich die Ansprüche aus einem Kaufgeschäft wegen beiderseitigen dolus kompensieren. Aber ganz geradeso verhält es sich auch in l. 36 D. de dolo malo 4, 3 si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent, wo der Jurist durchaus nicht, wie *Krug* annimmt, verschiedene dolose Handlungen im Auge hat, sondern ein Geschäft, in dem beide dolos handeln. Ein Betrug, ein Diebstahl kompensiert sich daher nicht mit einem späteren Betrug oder Diebstahl; l. 7 D. rerum amotarum 5, 21, compensationis aequitatem iure postulas. Non enim prius exsolvi quod debere te constiterit aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit: eo magis quod ea te persequi dicis, quae divortii causa amota quereris conveniaris: apud eundem doce tui iuris res ablatas esse spricht von einer gewöhnlichen Compensation (l. 10 pr. D. de comp. 16, 2). Man könnte gegen die vorhin erwähnte Zweiteilung, wie wir sie auf Grund der eben und zu diesem Zwecke mitgeteilten Quellenstellen vorgenommen haben, einwenden: Vorhin hast du die Existenzberechtigung der Rechtsanalogie, der extensiven Gesetzesinterpretation zugegeben, hier willst du mit den fesselnden, vielleicht gar nicht erschöpfenden Bestimmungen des corpus iuris jede Ausdehnung der Rechtsanalogie untersagen — in dieser Frage, würden wir antworten, kommt uns unser eben fixiertes Prinzip zu Gute: Wir leugneten dort den kompensatorischen Charakter, weil wir auf der einen, der originär haftenden Seite, gar keine Culpa, sondern lediglich das Objekt eines durch den gesetzlichen Thatbestand begründeten Klagerechts konstatierten; wir haben dabei kennen gelernt, dass dem Klagerecht begegnet werden kann durch den Vorwurf eigenen Verschuldens eben dieses Thatbestandes, total oder par-

tiell, dass auf diese Weise zu einer Abweisung der Klage bezw. Minderung des Klageanspruchs gelangt werden konnte. Gemeinschaftlich war allen diesen der Culpacompensation verwandten Fällen, der Objektivismus des Klagerechts, wenn man so sagen darf, im Kampf mit dem Subjektivismus seines Vertreters; eine Analogie des einen Falls auf den andern scheint nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten.

Hier liegt die Sache anders; aus der Menge der Delikte[1]) heben sich eine scharf ab im Genuss des Privilegs, dass einem aus bestimmten gegnerischen Verhalten an sich erwachsenden Anspruche mit dem Vorwurf gleichen Verhaltens des Klägers selbst erfolgreich begegnet werden darf. Dass es sich aber um ein allgemein gültiges und anwendbares Prinzip hierbei handelte, ergiebt sich aus der Gemeinsamkeit einiger Attribute, die gerade diese Delikte vor andern auszeichnen, keineswegs.

Weiske definiert z. B.[2]) die compensatio delictorum als die juristische Aufhebung der Folgen aus vollendeten arglistigen oder fahrlässigen Handlungen, welche zwei Personen an einander verübt haben, durch Aufrechnung. Spezielle Voraussetzungen dieser Compensation sollen dabei sein: a) Es müssen zwei bereits vollbrachte unerlaubte Handlungen vorliegen; b) diese unerlaubten Handlungen müssen materiell einander gleich stehen, d. h. für beide Parteien dieselben Ansprüche auf privatrechtliche Entschädigung hervorbringen. c) Diese Handlungen müssen gegenseitig sein, d. h. gerade an und von den Personen verübt worden

---

[1]) cf. hierzu das in § 19 Gesagte, sowie die Verweisung seiner 1. Anm.

[2]) Rechtslexikon II, S. 744 f.

sein, welche jetzt im Gerichte ihre Ansprüche aus der unerlaubten Handlung zur Sprache bringen. — Weniger glücklich ist dagegen *Glück* in seinen Ausführungen [1]): Unrichtig ist z. B. die Ansicht, dass die Regel paria delicta ausser für das öffentliche Strafrecht allgemein gemeint sei, so dass Folgeweise gegenseitige Verfehlungen gleicher Art in ihrer Wirkung auf Privatgenugthuung einander aufhöben. Zweitens ordnet *Glück* diesem Begriff nicht bloss Privatentschädigungsansprüche unter, sondern alle sonst möglichen privatrechtlichen Consequenzen eines Delikts, also auch die reipersekutorischen — letztere Folgerung ist unhaltbar. Hierauf macht *Beling* [2]) mit Recht aufmerksam.

Es ist der antike, echt menschliche Gedanke der Talion, der sich hier, in der Deliktskompensation, erhalten hat, der sich wie ein roter Faden hindurchzieht durch das Band dieser Fälle. Auge um Auge, Zahn um Zahn, das ist in prägnanten Worten u. E. der Gedanke, dem die Römer Ausdruck verleihen wollten, wenn sie in ihrem Suchen und Tasten nach der aequitas unbewusst verallgemeinerten: paria delicta mutua pentatione solvuntur. Ob im älteren römischen Recht [3]), wo das akkusatorische Verfahren die Regel ausmachte, durch mutuum delictum vielleicht auch die accusatio ausgeschlossen wurde, mag dahier gestellt bleiben. Das neuere römische Recht aber und das kanonische unterstützen jene Ausdehnung nicht, da beiden diesen Grundsatz nur auf Privatansprüche beziehen. Besonders wird im römischen Recht Straflosigkeit nicht einmal

---

[1]) XV, § 929.

[2]) Retorsion und Compensation c. Beleidigung und Körperverl. (1893) S. 14.

[3]) Mit Krug l. c. § 57,

da angenommen, wo der Wegfall der Privatansprüche ausdrücklich anerkannt ist (l. 2 ad leg. Jul. 48, 5; l. 13 § 5 cod , cf. l. 5 D. de publ. iud. 48, 1 und hiermit l. 39 sol. matr. cit.) Eine Strafmilderung aber scheint das römische Recht bei gegenseitigem Ehebruch, jedoch nur hier allerdings zu gestatten, worauf wir noch zurückkommen. Jener alte, oft missverstandene Grundsatz findet sich bei *Papinian* l. cit. missverstanden, wenn er seinem Zusammenhang entrissen und verallgemeinert wird. Er teilt eben das Schicksal so mancher Parömie, die an ihrer Stelle und zu ihrer Zeit wohl passte, unter andern Verhältnissen aber ihre Berechtigung eingebüsst hat — wir erinnern nur an die Sätze: in dubio contra fiscum, minime non curat praetor, mobilia ossibus inhaerent, negativa non sunt probanda, olim possessor hodie possessor u. a. m.

§ 21.

„Wenn Mann und Frau beiderseits das eheliche Treuverhältnis verletzen, so hat jeder Teil zwar einen Ehescheidungsgrund, doch kann keiner sich — was Entschädigungsansprüche betrifft — auf das Recht berufen, das jeder brach; ihre gleichartigen Delikte heben sich gegeneinander auf". Wie verständlich, wie natürlich erscheint dieser Gesetzestext der l. 39 cit. im Lichte der Harmonie seiner Begründung. Trotz seiner allgemeinen Fassung will eben der Schlusssatz doch nur sagen: Bei der Vermögensausseinandersetzung, die nach erfolgter Ehescheidung mittelst der actio rei uxoriae erfolgt, weil sich beide Teile Ehebruch vorwerfen, soll kein Teil deshalb von dem andern hinsichtlich der dos oder donatio propter nuptias in Anspruch genommen werden können, vielmehr Aufrechnung der gegenseitigen Delikte eintreten i. e. das Ver-

mögen in seinem eingebrachten Nettobetrag zur Teilung gelangen. Die Stellung der lex in dem Titel soluto matrimonio dos quemadmodum petatur erklärt unsere Warnung vor der allzu extensiven Interpretation des Schlusssatzes, der um so weniger auffallend erscheint, wenn wir der Verordnung des Theodosius und Valentinian (449) gedenken, wonach im Falle der Scheidung die schuldige Ehefrau ihre dos an den Mann, der schuldige Ehemann die donatio propter nuptias an die Frau verlor, bezw. des Erlasses Kaiser Justinians, welcher den Strafverlust auf ein Viertel des Vermögens des schuldigen Teils bis zu 100 Pfd. Goldes — eine für die damalige Zeit weit bedeutendere Summe, als es heute Mk. 134200 wären — festsetzte und ihn in Fällen des Ehebruchs gar noch um ein weiteres Drittel erhöhte [1]). Also die finanzielle Beziehung ist es, welche der Schlusssatz der l. 39 regelt; hieraus aber ein allgemeines Prinzip zu machen, dürfte um so bedenklicher sein, als gerade vom Ehebruch die Rede ist.

Geht man hierauf zurück, so bedarf es nicht der Heranziehung ethischer Gesichtspunkte [2]); das würde unser oben statuiertes Band weitester Talion zerreissen, während uns doch die Rechtsgeschichte in der Entwicklung des sozialen und legislativen Problems der Ehescheidung, die bekanntlich bis zur christlichen Kaiserzeit den schuldigen Teil ausschliesslich mit Vermögensstrafen belegte, Material genug an die Hand giebt, dass die Römer viel zu diplomatisch waren, um einer Theorie zu Liebe ihr Interesse zu opfern. Ulpian scheint moralisch fast auf einer höheren Warte zu

[1]) Dernburg, Pandekten III, S. 49 f.

[2]) Wie sie Levison l. c. S. 9 vornimmt.

stehen, wenn er l. 14 § 5 D. ad leg. Jul. 48, 5 betont: iudex adulterii ante oculos habere debet et inquirere an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare. Immerhin finden wir in diesem Erlass unsere Inquisitionsmaxime des Einzelfalls treffend gezeichnet.

Strafrechtlich ist l. 39 ohne Interesse, sie kennt nur die zivile Compensation gleich ihren Parallelen l. 15 § 1 und l. 47 eod. und wenn es in letzterer heisst, der Ehemann, qui lenocinium uxori praebuerit, könne diese wegen Ehebruchs nicht anklagen, so ist auch diese Bestimmung nicht als Compensation materiell-strafrechtlicher Natur gemeint, sondern lediglich als die prozessuale Anordnung, einen derartigen Ehemann nicht als Kläger zuzulassen. (Dagegen könnte sehr wohl ein extraneus als Ankläger die Bestrafung sowohl der Frau wegen adulterium, wie die des Mannes wegen lenocinium bewirken[1]).

Am weitesten in der Ausdehnung kompensatorischen Verfahrens geht die kanonische Parallelstelle, c. 6, 7 X de adult. 5, 16, wonach der Ehegatte, welcher sich selbst eines Ehebruches schuldig gemacht hat, wegen Ehebruchs des andern die Gemeinschaft nicht aufgeben darf[2]). Uebrigens ist die in den erwähnten Bestimmungen festgesetzte Strafe gar keine öffentliche im modernen Sinn — sonst flösse sie in die fiskalische und nicht in die Kasse des betrogenen Ehegatten; mit-

[1]) cf. Beling, l. c. S. 14.
[2]) Dernburg, Pand. III. S. 18.

hin operiert *Levison*[1]) mit schiefen Begriffen und hätte nicht nötig, mit der Aufstellung eines ‚reinen Strafanspruchs' seiner vorhergehenden, des lediglich ‚privatrechtlichen' zu widersprechen. Es bleibt sich doch schliesslich gleich, ob der Richter ad hoc die Höhe des Schadensersatzes oder das Gesetz sie ein für alle Mal bestimmt. Entscheidend ist nicht das ‚Warum', sondern das ‚Wer'. Mit Recht macht auch *Beling*[2]) darauf aufmerksam, dass in strafrechtlicher Beziehung Compensation ausgeschlossen ist, was für adulterium und lenocinium l. 2 § 4, § 5 und l. 13 § 5 D ad leg. Jul. de adulteriis 48, 5 direkt aussprechen.

§ 22.

Einfacher gestaltet sich die Frage nach der Compensation der Injurien, welche folgenden Voraussetzungen unterliegen dürfte. Erstens muss vorliegen auf Seiten des ersten Angreifers eine rechtswidrige und für sich betrachtet strafbare Beleidigung oder Körperveletzung (Verbal- und Realinjurie). Wäre eine solche nicht vorhanden, so könnte objektiv jedenfalls keine Retorsion (d. i. Erwiderung einer Beleidigung mit einer solchen oder mit einer Körperverletzung) erfolgen und es könnte sich nur fragen, welche Grundsätze gelten, wenn der Verletzte irrtümlich das Vorhandensein jener Requisite angenommen hat — was uns hier nicht interessiert. Es muss zweitens dem ersten Thäter gegenüber von Seiten des Verletzten eine Verletzung seiner Ehre oder körperlichen Integrität erfolgt sein, welche für sich also ohne Rücksicht auf ihren Erwiderungscharakter betrachtet sich ebenfalls als rechtswidrig und strafbar darstellen würde. Endlich muss

[1]) Levison S. 9 1. Abs.
[2]) Beling l. c. S. 15.

drittens zwischen beiden Handlungen der Erwiderungskonnex — in continuenti — bestehen: für die erste Strafthat und wegen derselben, also im Dienste des Genugthuungsgedankens, muss die zweite Verletzung dem Erstthäter angethan sein. Handlungen, welche behufs der Verteidigung, insbesondere der Notwehr ins Werk gesetzt werden, scheiden aus. Nur gegen die Vergangenheit, gegen das abgeschlossene Delikt richtet die Erwiderung ihre Spitze[1]). Aeltere Schriftsteller, *Eisenbach*, *Glück*[2]), haben gerade diese Deliktskompensation, Gewalt gegen Gewalt, List gegen List, Schmähung gegen Schmähung, als das eigentliche Gebiet der Culpacompensation betrachtet. Heute denkt man eklektischer darüber und weist dieser Gruppe, die doch bloss den Gedanken einer von der Staatshülfe emanzipierten Talion vertritt, einen weniger beachtenswerten Posten an. Was die Quellen betrifft, so behandelt Gewalt gegen Gewalt l. 12 § 1 D quod metus causa 4, 2 zwingt A den B zur Stipulation, dieser dann jenen zur Akzeptation, so wird der Prätor keinem der beiden Schutz gewähren — nihil est quod ei restituatur, denn cum liceat vim vi repellere, quod fecit passus est. Von List gegen List sprechen l. 7. § 3 D quod vi aut clam 43, 24: A baut heimlich ein Gebäude wider den Bauarrest des B, der es dann auch eben so heimlich niederreissen lässt — ein Akt der Selbsthülfe, wo interdictum und exceptio sich gegenseitig entkräften. Ferner l. 3 § 15 ne quid in loco publico 43, 8, wo keiner, der in Uebertretung des Baupolizeigesetzes auf fiskalischem oder kommunalen Grund und Boden gebaut hatte, über seinen Conkurrenten den Bauarrest

---

[1]) Beling S. 2 entnehmen wir diese zutreffenden Definitionen.
[2]) XV S. 66 f.

verhängen kann, und endlich die schon erwähnten l. 3 § 3 D. de eo per quem 2, 10, die dolosen Stipulationsgläubigern und -Schuldnern jeglichen prätorischen Sukkurs abspricht; für Real- oder Verbalinjurien bieten uns die Quellen leider kein Analogon — l. 17 § 8 D de iniur. 47, 10, worin *Levison* mit *Bekker* den Compensationsgedanken angedeutet sehen will, passt nicht hierher; denn das ist doch schliesslich keine Retorsion mehr, wenn ich auf höheren Befehl für höhere Interessen eintrete, sondern Pflicht und Zwang, mit dem das Vaterland seinen Sohn, der Herr seinen Diener ruft. U. E. haben wir aber auch gerade hierfür keine Quellenbelege nötig, wo es dem ureigensten Triebe des Menschenherzens entspricht, physischen oder psychischen der Aussenwelt entquellenden Schmerzen sofortige Reaktion entgegen zu setzen. Es ist das ungeschriebene Gesetz im Buche der animalischen Natur, das aus seinen verschiedenen Entwicklungsstufen verschieden produktiv gewirkt hat, fortschreitend von Injurie zu Rencontre, vom Rencontre zum Duell, vom Duell zur völkerrechtlichen Selbstdisziplin, dem Krieg. Erst die zivilisatorischen Fortschritte veranlassen eine Unterdrückung der Gefühle und deren Unterwerfung unter die schiedsrichterliche Instanz, bez. deren Regulierung unter strafrichterlichem Druck. Mit Recht berücksichtigt daher das Strafrecht innerhalb gebotener Schranken das Compensationsprinzip cf. Str.-G.-B. §§ 199, 233. *Levison* führt noch einige Fälle an, die er an dieser Stelle besser unerwähnt gelassen hätte, da sie den reinen Compensationsgedanken nicht zum Ausdruck bringen — damit, dass die actio furti gegen den Dieb einer unterschlagenen Sache auch dem 1. Unterschlagenden verweigert wird, ist dem contrectator nicht geholfen; von einer Compensation seiner culpa mit

der des Diebes ist nicht die Rede, höchstens von einer Verschärfung seiner Strafe, da er strafrechtlich und zivilrechtlich haftet.

§ 23.

‚Ansprüche, welche nach der Rechtsordnung aus einem Verschulden des Gegners erwachsen, sei es deliktisch, sei es in bestehenden Vertragsverhältnissen, wo also zu den klagbegründenden Thatsachen eben jenes Verschulden gehört, führen nach den Umständen des einzelnen Falls zu der Möglichkeit, dass auch der Kläger selbst nicht frei von Schuld geblieben ist, dass also der von ihm erlittene Schaden ihm selbst nicht minder wie dem Beklagten zur Schuld zugerechnet werden kann'. Verweilen wir ein wenig bei dieser Construktion, wie sie *Wendt* zur Einleitung seiner Untersuchung verwandt hat und wir sie voll und ganz acceptieren. Auf zweierlei Voraussetzungen basiert die These: Erstens wird ein gegnerisches Verschulden zur Bedingung gemacht, welches Schadensersatzansprüche im Gefolge hat. Die Lehre von der Forderungskompensation zeigt uns, dass auch Natural- d. h. nicht klagbare Ansprüche zur Compensation gestellt werden können; kann auch durch Culpa eine Naturalobligation zwischen Schädiger und Beschädigtem begründet werden? Wir werden, wenn auch nur als Ausnahmen und unter Trennung des Straf- und Civilrechts derartige Fälle annehmen können, z. B. durch Culpa des paterfamilias seinen Hauskindern, seiner Ehefrau gegenüber; Str.-G.-B. § 247 hat daran gedacht, wenn es sagt: Wer einen Diebstahl oder eine Unterschlagung gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher begeht oder wer einer Person, zu der er im Lehrlingsverhältnisse steht oder in deren häuslicher Gemeinschaft er als

Gesinde sich befindet, Sachen von unbedeutendem Werte stiehlt oder unterschlägt, ist nur auf Antrag zu verfolgen . . .

Ganz besonders wird eine strafrechtlich privilegierte, exempte obligatio begründet durch den Thatbestand des 2. Absatzes des gedachten § ... Ein Diebstahl oder eine Unterschlagung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den andern begangen worden ist, bleibt straflos'. Dem zur Seite können wir den Fall der ungerechtfertigten richterlichen Freisprechung des Schuldners stellen — wie leicht lässt sich aus allen diesen Verhältnissen das einer Culpacompensation und zwar einer naturalen entwickeln. Es müssen dabei jedoch überhaupt die Bedingungen 1. der Haftbarkeit, der Zurechnung erfüllt sein, damit ein Anspruch entsteht. Culpa von infantes und furiosi erzeugt überhaupt keine rechtlichen Consequenzen. 2. Muss aber auch auf Seiten des Beschädigten eine Schuld vorhanden sein, d. h., da es sich um seinen, des Beschädigten damnum handelt, muss er denselben irgendwie mitveranlasst haben, seine Culpa muss in einem Causalverhältnis zu seinem damnum stehen. Dies Requisit führt uns zu der Frage: In welchem Zeitverhältnis hat die Culpa des Beschädigten zu der des Beschädigers zu stehen? Daher 3. Zur Culpacompensation berechtigt jedenfalls nur die zeitlich vorangehende oder gleichzeitige Schuld des Beschädigten, während später folgende die Beurteilung und Haftpflicht des kulposen Beschädigers in keiner Weise zu beeinträchtigen vermag, und nur das Resultat seiner Schuld für den Beschädigten zu ändern imstande ist. Welches auch immer die theoretischen Unterschiede sein mögen, die die Schriftsteller der Culpacompensation trennt, allen ist der

Ausgangspunkt von der Regel des Pomponius gemeinsam: quod quis ex sua culpa damnum sentit, damnum sentire non intellegitur. Schade, dass der Satz von allem Zusammenhang losgerissen als Rechtssprüchwort in einem der letzten Digestenfragmente ein bescheidenes Plätzchen gefunden; der unruhige Kampf der Meinungen, wie er um ihn entbrannt ist, macht ihn einer prägnanteren Stellung würdig. Die Interpretation ist zu dem Ausgangspunkt geneigt, dass er auf den ersten Blick etwas Selbstverständliches, Triviales behaupte: Den Schaden, welchen ich mir selber zufüge, kann ich nicht als solchen fühlen — denn welchen Gebrauch von meiner freien Willensbestimmung ich mir selber gegenüber mache, darüber bin ich lediglich mir selbst juristisch genommen Rechenschaft schuldig, sofern ich nicht die Aussenwelt mitverletze. Erst wenn das damnum, das meine Culpa verursacht, Kreise ausserhalb meines Ichs in Mitleidenschaft zieht, trage ich auch diesen gegenüber die Verantwortung. Aber nicht das ist der Grund, der den römischen Juristen — etwa um dem Selbstmord eine Lanze zu brechen — zur Aufstellung des Satzes bewogen hat; das Individuum steht nicht nur unter dem Einfluss seines eigenen Thuns und Lassens, sondern und zwar gerade was peinliche Erfahrungen betrifft, auch unter dem der Aussenwelt, unter dem seiner Mitmenschen. Stehen wir nun unter dem Druck von deren Handlungen, so wirft sich die Frage auf, inwieweit diese durch unser Zuthun beeinflusst werden können, inwieweit wir deren uns nachteilige Handlungen durch eigene Schuld unterstützen können und welcher Rechtseffekt diesem Dualismus kulposen Handelns entspringt. Insoweit dies der Fall, können wir den Schaden nicht lediglich dem andern zum Vorwurf machen; diese Wahrheit spricht der ge

nannte Satz aus, wenn er sagt, Quod quis ex sua cua culpa damnum sentit, damnum sentire non intellegitur. Schuld wird also gegen Schuld gesetzt, der Klagegrund reduziert sich mit dem Ersatzanspruch. So lehren uns die Quellen, hauptsächlich im Anschluss an das typische Beispiel der lex Aquilia, zu deren Betrachtung wir jetzt übergehen.

§ 24.

1. l. 9 § 4 D. ad leg. Aquil. 9, 2 behandelt die aquilische Schadensersatzpflicht und fährt dann fort: sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. Ulpian erzählt in schlichten Worten einen praktischen Fall der Tendenz, die wir heute auf jedem Schiessplatz lesen können, die mutatis mutandis das Entree jedes Römerhauses predigte: cave canem, begieb dich nicht in Gefahr. Der Jurist aber wägt den Fall genauer und vergleicht die Culpa des Beschädigten mit der des Beschädigers; auf beiden Seiten, so scheint es beim ersten Blick, ist doch solche vorhanden. Der campus iaculatorius ist zwar zu Exercierübungen da, doch auch die Berechtigung dazu entbindet nicht von der Pflicht der Vorsicht seinen Mitmenschen gegenüber, es fragt sich nur, ob allen Mitmenschen gegenüber oder nur rücksichtlich der mitübenden Kameraden?

Wir gelangen teils auf Grund eben dieser sachlichen Erwägung, teils des § 4 J de lege Aqu. 4, 3 zur Verneinung der ersten und Bejahung der zweiten Frage — im Gegensatz zur communis opinio, welche in dem vorliegenden Beispiel den reinen Fall einer compensatio culpae zu erblicken geneigt ist[1]). § 4 J. cit.

[1]) Im Anschluss an Demelius S. 59.

besagt: si quis tum iaculis ludit vel exercitatur transeuntem servum tuum traiecerit, distinguitur, nam si id a milite in eo campo, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa eius intellegitur; si alius tale quid admiserit, culpa reus est. Idem iuris est de milite, si in alio loco quam qui ad exercitandum militibus destinatus est, id admiserit.

Wir glaubten uns zur Erweiterung dieser Unterscheidung in obigem Sinne berechtigt: Seinen Kameraden gegenüber ist der miles auch auf dem Exerzierplatz zur Rücksichtnahme verpflichtet, Dritten, Unbefugten gegenüber kann diese Verpflichtung nicht ausgedehnt werden. Es liegt somit hier gar keine Compensation beiderseitiger Schuld vor, weil solche gar nicht vorhanden, miles caret culpa und von dem servus gilt, dass er lediglich eigener Nachlässigkeit zum Opfer gefallen ist, welche eine Culpa des Beschädigers nicht zu konstruieren vermag. Anders steht die Sache bei dem hier wohl gern herangezogenen § 345 Nr. 9 des Preuss. Str.-GB. vom 14. IV. 51: Wer auf öffentlicher Strasse, Wegen oder Plätzen, auf Höfen, in Häusern und überhaupt an Orten, wo Menschen hinkommen ... Gruben, Oeffnungen, Abhänge dergestalt anordnet oder unverwahrt lässt, dass daraus Gefahr für andere entstehen kann ... u. s. w. Hier liegt infolge des gesetzlichen Verbotes culpa vor, die sich ev. mit des Verletzten culpa z. B. hinsichtlich Nichtzutreffen der Clausel: wo Menschen hinkommen, kompensieren kann.

Werfen wir gleich hier einen kritischen Blick auf die oben[1]) gebrachten Theorieen, so finden wir die *Mommsen*'sche im grossen ganzen bestätigt: Hätte der

[1]) § 2—6.

Sportsmann an anderer Stelle als gerade auf dem diesem Zwecke dienenden campus iaculatorius, vielleicht auch auf einem dem Publikum exponierten Teil desselben, einen Fehlwurf gethan, so wäre er dafür aquilisch haftbar, hier jedoch tritt die ‚natürliche' Ausnahme ein, dass der Sklave durch gehörige Sorgfalt sich seine Verletzung, seinem Herrn den Verlust hätte vermeiden können. *Levison* bekämpft die *Mommsen*'sche Theorie mit dem Hinweis auf das preussische Landrecht, das den Beschädigten ungleich rücksichtsvoller behandle als das römische Recht, übersieht aber, dass dies laut I Nr. 6 § 18 Pr.-L.-R. nur dann der Fall ist, wenn auf Seiten des Beschädigers Vorsatz oder grobes Versehen i. e. dolus oder culpa lata nachweisbar ist; übrigens steht das römische Recht mit dem Schlusssatz der l. 9 § 4 cit. vollkommen auf dem Boden des Preuss. Ld.-R.

Was nun die *Demelius*'sche Theorie angeht, so können wir an dieser Stelle nur die ausserkontraktliche Kategorie betrachten — und hier scheint uns die *Levison*'sche Kritik bis auf einzelne Punkte recht zutreffend. Es heisst entschieden die Willensidee in Fesseln schlagen, wenn man dem Beschädigten, wie *Demelius* es unternimmt, eine bewusste Richtung auf den schädlichen Erfolg imputiert, infolgedessen die Beschädigung, weil quasi vom Beschädiger gewollt, nicht mehr als Iniurie im Sinne der lex Aquilia betrachtet werden könne. Darin müssen wir *Demelius* trotz *Pernice, Bar* und *Levison* Recht geben, dass das ‚sponte' in der cit. l. 29 § 1 D. de evict. 21, 2 nur eine Umschreibung, eine Erläuterung von culpa ist. Wir könnten auch, wenn wir darin einen Gegensatz erblicken wollten, keinen besseren Sinn hineininterpretieren, weil das Resultat in jedem Fall für den

Kläger dasselbe ist. Ueber die von *Levison* zu weiterer Bekämpfung von *Demelius* hier verwandte l. 23 § 8 D. de aed. ed. 21, 1 haben wir uns bereits gelegentlich geäussert. Richtig dagegen ist die Heranziehung der bekannten aus l. 1 § 5 D. de iniur. 47, 10 stammenden Parömie volenti non fit iniuria, die *Demelius* wohl vor Augen schwebte, ohne dass er sich, wie gelegentlich schon erwähnt, ihres durchaus nicht universellen Charakters bewusst geworden wäre.

Die Unhaltbarkeit der älteren *Pernice*'schen Theorie von der Unterbrechung des Causalzusammenhangs durch die culpa des Beschädigten ergiebt sich bei vorliegendem Beispiel auf den ersten Blick. *Bekker*[1]) führt mit Recht gegen *Pernice* aus „er halte zwei Gedanken nicht genügend auseinander: ‚I. Wenn A wider B und B wider A etwas begangen hat, so kann unter gewissen Voraussetzungen nur der auf einer Seite nach Abrechnung verbleibende Ueberschuss des Begangenen (?) dem Erkenntnis zu Grunde gelegt werden; dieser Gedanke stellt sich z. B. bei der l. 52 § 1 D. ad leg. Aqu. 9, 2 als massgebend heraus'. II. ‚Wenn A dem B etwas gethan hat, B dem A nichts, aber doch durch sein Zuthun sei es die Handlung des A veranlasst (si in loco periculoso sellam habenti tonsori se commiserit[2]), sei es infolge der Handlung verschlimmert (servus vulneratus negnigentia domini periit[3]), sei es überhaupt erst schlimm gemacht hat, so tritt hier ein die Regel der l. 20 de R. I. 50, 17, entsprechend die Entscheidungen in l. 11 pr., § 30 § 4, l. 52 pr. ad leg. Aquil., P. S. R. I 15 § 3. Die Resultate beider Gedanken

[1]) Aktionen (1871) Bd. 1 S. 172.
[2]) l. II D. ad leg. Aquil. 9, 2 cf. § 25 sub. 1.
[3]) l. 52 pr. D. h. t.

berühren sich zuweilen, was aber doch die Vermengung nicht rechtfertigt".

Vollkommen einverstanden können wir uns endlich erklären mit *Wendt*[1]) dieser kommt als auf das Ergebnis immer wieder auf das quod quis ex sua culpa damnum sentit zurück und schreibt dem Verletzten selber seinen Schaden zu . . . de se queri debet.

2. l. 31 D. ad leg. Aqu. 9, 2 (Paulus) si putator et arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit: ita tenetur, si is in publicum decidat, nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset posse de culpa agi: culpam autem esse quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denunciatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret.: cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est cum divinare non potuerit an per eum locum aliquis transiturus sit.

Thatbestand: Ein Gärtner beschneidet Bäume, ein abfallender Ast verletzt einen Vorübergehenden. Ereignet sich der Unfall a) auf einem öffentlichen Platz, so muss der Gärtner das Publikum irgendwie auf die Gefahr aufmerksam machen, um für ev. Schaden nicht zu haften, b) in loco privato so prästiert er nur dolus. Was folgt hieraus? Das Gesetz sagt es für b mit den Worten culpa ab eo exigendo non est cum divinare non potuerit an per cum locum aliquis transiturus sit.

---

[1]) Levison formuliert seine Ansicht nicht.

Für A dürfte es sich von selbst verstehen, dass dem Mann kein Vorwurf aus einem Unfall erwächst, sobald er Warnungszeichen genügend errichtet hat. Der Mangel einer culpa ergiebt sich noch durch Vergleich mit § 5 J. de leg. Aqu. 4, 3 item si putator ex arbore deiecto ramo servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est neque proclamavit, ut casus evitari posset, culpae reus est. Sed si proclamavit nec ille curavit praecavere extra culpam est putator. Aeque extra culpam esse intellegitur, si seorsum a via forte, vel in medio fundo caedebat, licet non proclamavit, qui in eo loco nulli extraneo ius fuerat versandi. Wir glauben aus diesen Gründen berechtigt zu sein, auch diese Quellenstelle als unzutreffend aus dem Dogma der compensatio culpae auszuschliessen.

3. Wir gelangen zu der kontroversenreichen l. 52 § 1 D. h. t. Thatbestand: ‚Vor einem Wirtshaus war eine Laterne angebracht, die ein Dieb stahl. Der nacheilende Wirt hielt ihn fest und verlangte sein Eigentum zurück. Der Dieb wehrte sich mit einem Eisenstock, es kam zu einer Schlägerei in deren Verlauf der Wirt dem Dieb ein Auge ausstiess. Auf die Frage des Wirts, er sei wegen der Verletzung doch nicht strafbar, denn der Dieb habe ja zuerst losgeschlagen, ward ihm zur Antwort: Er sei es nicht, insofern er ihm nicht absichtlich (data opera) das Auge ausgestossen habe, der trage die Schuld, der zuerst zur Waffe gegriffen habe; dagegen sei der Wirt der Schuldige, wenn er beim Kampf um die Laterne zuerst handgemein geworden sei'. Der Schlusssatz dürfte nicht auf dem Boden des § 252 Str.-G.-B. stehen! Was will der Referent — Alfenus Varus ist es — mit diesem Fall, der doch gar nicht der *Ulpian*'schen Forderung zu genügen

scheint non factum quaeritur, sed causa faciendi[1])? *Pernice*[2]) bemerkt hierzu: Die Entscheidung des Falles beruht offenbar auf folgenden Erwägungen: Der Gastwirt, dem seine Laterne weggenommen worden ist, ist im Recht, wenn er dem Diebe nachsetzt, um sie wieder zu erlangen. (Notwehr?) Aber eben nur sein Eigentum dem Diebe zu entreissen ist er befugt, nicht auch, denselben für seine Missethat abzustrafen, (thut er auch gar nicht!) damit würde er sein Recht überschreiten und also für den entstandenen Schaden haften. Anders beim Dieb: Er hat kein Recht sich gegen den Verfolger zu verteidigen, solange dieser nur sein Recht wahrt; provoziert er daher einen Streit (maior rixa) durch einen Schlag, so hat er alle Folgen seiner Unbedachtsamkeit zu tragen; er kann also auch keinen Ersatz fordern, wenn ihm der Wirt ein Auge ausschlägt. Merkwürdigerweise widerspricht sich *Pernice*, wenn er in seinem Labeo sagt: Nur eine andere Wendung desselben Satzes quod quis etc. ist es, dass wer eine Schlägerei anfängt, die daraus für ihn selbst entstehenden Folgen zu tragen habe. Dieser und kein anderer theoretisch tiefsinniger Gedanke liegt den Ausführungen Alfens (oder des Servius selbst?) in l. 52 § 1 zu Grunde; am wenigsten der der Notwehr, es handelt sich in der lex immer nur um Bestimmung der in culpa befindlichen Person; von einem Recht zuzuschlagen ist nirgends die Rede. — Der Unterschied dieses Falls der Culpacompensation von später anzuführenden liegt darin, dass die culpa des Beschädigten hier vorausgeht und nicht in unmittelbarem Causalnexus zu der des Schädigers steht. Beides kann in-

[1]) l. 39 pr. D. 47, 2.
[2]) Labeo II, S. 24.

dessen für die juristische Beurteilung keinen Unterschied machen. Anders läge der Fall, wenn der Streit zwar vom Diebe herbeigeführt ist, nun aber der Wirt ihm vorsätzlich eine Wunde beibringt z. B. wenn er überwunden am Boden liegt; dann kann den dolus des Wirts die culpa des Diebes nicht aufwiegen. Soweit *Pernice*, der also Culpacompensation annimmt; nnd zwar kompensiert sich, wenn wir ihn recht verstehen, die culpa des Wirtes (der den Dieb verletzt) mit der des Diebes, der sich ‚unbedachterweise' den Angriffen des Wirts widersetzt. Halten wir dieses Ergebnis fest, das zwar nicht auf der Theorie von der Unterbrechung des Causalzusammenhangs fusst, so lassen sich folgende Einwendungen *Levisons* hören[1]): Hier, sagt er, ist durchaus nicht davon die Rede, dass die konkurrierende culpa des Verletzten, die sich ja auf einen anderen konkreten Thatbestand bezieht als die culpa des Verletzers die culpa des Verletzten, durch welche der Gegner seinerseits beschädigt wird, enthält keinen Causalmoment bezüglich der eigenen Verletzung (?aktiv oder passiv?) die an sich schuldhafte Handlung des Verletzenden zu einer schuldlosen, nicht zu imputierenden mache, sondern die Frage, deren Beantwortung hier erwogen wird, ist die, ob damnum iniuria datum vorliege, ob es sich also um eine objektiv rechtswidrige Körperverletzung handle. Die Antwort wird dahin erteilt, dass derjenige, der einen rechtswidrigen Angriff von sich abwehrt und hierbei den Angreifer verletzt, kein Unrecht thue, insofern allerdings auch nicht kulpos verfahre. Sofern also der Gastwirt, dem die Laterne weggenommen wird, dem Diebe nachsetzt, um das gestohlene Gut wieder

[1]) S. 43 l. c.

zu erlangen, ist er im Recht, (dass er ausnahmsweise Handlungen vornehmen darf, welche nach seinem Wissen den Gegner verletzen können [Demelius S. 61] ist nirgends angedeutet), denn das in den 12 Tafeln schon gewährleistete Recht des Bestohlenen, den fur nocturnus zu töten, wurde allmählich gemildert und nur als Schutzrecht des Bestohlenen bezüglich seines Eigentums anerkannt[1]). Der Wirt darf also dem Dieb das gestohlene Gut entreissen; der sich wehrende und den Wirt angreifende Dieb aber handelt rechtswidrig, weshalb die Verteidigung des ersteren als Notwehr erscheint. Würde aber der Wirt über die erforderlichen Verteidigungsmassregeln hinausgehen und dem etwa schon Ueberwältigten eine Verletzung beibringen, so würde er haftbar sein; und ebenso, wenn der bestohlene Wirt beim Entreissen der Laterne einen Streit vom Zaune bräche und den Dieb verletzte. Wäre hier, wie *Pernice* meint, der allgemeine Gedanke ausgesprochen, dass, wer eine Schlägerei anfängt, die daraus für ihn entstehenden nachteiligen Folgen zu tragen hätte, so wäre vielleicht der tabernarius unter allen Umständen verantwortlich zu machen. Denn er ist derjenige, der den Dieb zuerst verfolgt und zuerst anfasst und müsste sich sagen, dass sein Gegner gutwillig das gestohlene Gut nicht herausgeben würde: Er erschiene als Urheber. Zudem aber kann der Satz, dass derjenige, der eine Schlägerei anfängt, als allein schuldiger Teil ohne weiteres die für ihn entstehenden nachteiligen Folgen zu tragen hat, als richtig nicht anerkannt werden. Oder soll der Anfangende auch die Verletzungen, die durch später Angreifenden dem Erstangegriffenen zugefügt werden, als ex sua

[1]) cf. l. 4 und 5 D. ad l. Aqu. 9, 2.

culpa entstanden tragen müssen? Während also *Pernice* zu dem Resultat gelangt, dass hier Culpacompensation stattfinde, sind *Levison* und vor allem *Demelius* anderer Ansicht. Trotzdem wir diese billigen, müssen wir *Pernice* doch in Schutz nehmen gegen *Levison*, der ihm auf falscher Fährte begegnend irrtümliche Ansichten unterschiebt. Er verkennt die *Pernice*'sche Ansicht, wenn er an die Eventualität einer Compensation von Diebstahl und Körperverletzung denkt — das meint er doch, wenn er den andern konkreten Thatbestand der konkurrierenden culpa des Verletzten und der des Verletzers' zitiert — und das wollte *Pernice* keineswegs, der den Diebstahl von der Compensationsfrage vollkommen abstrahierte. Doch übersieht er — und hiermit gelangen wir zur Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage: was will Alfenus? — dass die Notwehr, in der sich der tabernarius dem fur gegenüber befand, ersteren von culpa befreite und somit auch den Thatbestand dieser Quellenstelle als ungeeignetes Beispiel einer Culpacompensation erscheinen lässt.

4. l. 23 D. de commod. 13, 6 wird von *Pernice*[1]) irrtümlich zum Belege der Theorie von der Culpacompensation herangezogen; jedoch steht hier nicht Schuld gegen Schuld zur Compensation, sondern der Commodator wird von aller Schuld an der Beschädigung des Pferdes freigesprochen, weil er von demselben nur genau denjenigen Gebrauch gemacht hat, welchen der Commodant in Ueberschätzung der Kräfte des Tieres zu machen gestattete.

---

[1]) Labeo S. 36.

Auch eine Reihe anderer Stellen, sowohl der Quellen[1]), wie bei *Seuffert*[2]) gehören aus ähnlichen wie die sub 1—4 erwähnten Gründen nicht hierher.

§ 25.

Wohl dagegen glauben wir folgende Quellenstellen — aber auch nur diese — der Culpacompensationslehre subsumieren zu dürfen: l. l. 11 D. ad leg. Aquil. 9, 3 Item mela scribit, si cum pila quidam lucerent vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi quem tonsor habebat gula sit praecisa adiecto cultillo in quocumque eorum culpa sit eum lege Aquilia teneri: Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur. Quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

Wir führen die Stelle vollständig an, um an ihrer Hand die Unsicherheit in der Judikatur zu fixieren, die über das Institut der Culpacompensation herrscht und unsere Warnung zu wiederholen, in ihrer Anwendung nicht allzukühn zu sein. *Proculus* und *Ulpian* widersprechen sich: Ersterer lässt den Friseur, der auf einem dem Spiel nicht minder wie der Passage gleich exponierten Platze sein Handwerk ausübte und dem das Unglück passierte, während des Rasierens von einem Ball an der Hand getroffen zu werden, für den angerichteten Schaden haften; *Ulpian* möchte zwischen der culpa des Friseurs, der so unvorsichtig oder unin-

[1]) l. 22 § 4 D. 13, 7; l. 45 § 1 D. 19, 1; l. 23 § 8 D. 21, 1; l. 29 § 1 D. 21, 2; l. 56 § 1, l 66 eod. l. 61 § 7 D. 47, 2.

[2]) XXII Nr. 26; IV Nr. 109; XXII Nr. 203; XXVII Nr. 122.

teressiert ist, an frequenten Plätzen seinem Handwerk nachzukommen, und der des Sklaven, der nicht minder unvorsichtig war, sich seinen Händen anzuvertrauen, Compensation eintreten lassen. Wer hat nun Recht? Es wird dem Handwerksmann sauer fallen, dem Herrn eine sicherlich nicht geringe Entschädigungssumme zu zahlen, und dieser wird schwerlich auf sein Forderungsrecht verzichten wollen. Vergleichen wir dieses Beispiel mit dem im vorigen § sub. No. 1 aufgeführten, so ergiebt sich dort ein anderer Charakter einer eventuellen culpa als hier. In gefährlicher Nähe oder gar auf dem campus iaculatorius hatte der Sklave, wenn er sich nicht gerade mit Selbstmordgedanken trug, schlechterdings nichts, wenn man so sagen darf, zu suchen; hier wo sich vielleicht Hunderte dem Friseur anvertrauten, ohne an die Gefährlichkeit der Situation zu denken, kann man es auch dem Sklaven nicht verdenken, deren Beispiel zu folgen — eben deshalb aber auch, bleibt seine culpa, als Fahrlässigkeit genommen, in ihrem vollem Umfang bestehen, genau so wie die des Friseurs, der es unterlässt, sich durch Schutzvorrichtungen gegen Unfälle seitens der Sportsfreunde zu sichern. Wir glauben in vorliegender Quellenstelle ein echtes Resultat kompensatorischen Charakters der beiderseitigen Schuld annehmen zu können, ohne dadurch ein Präjudiz allgemeingültiger Natur aufstellen zu wollen, sondern lediglich ein solches, welches der Eigentümlichkeit des Einzelfalls in Motiv und Resultat entspricht. Zu ähnlichem Schluss gelangt *Levison* [1]), der die Bedenken *Melas* übergeht und deduziert: Die *Pernice*'sche Argumentation geht

[1]) l. c. S. 44.

hier dahin, dass der tonsor nicht als schuldhafter Urheber der Tötung zu betrachten sei, weil der servus sich ihm loco periculoso anvertraut hat. Allein mir scheint diese Auffassung logisch unhaltbar; die Frage, ob jemand in culpa ist oder nicht, kann nicht ex post beantwortet werden. Entweder ist ein Verhalten dem eines bonum pater familias entsprechend, also nicht kulpos, oder es ist es eben nicht; dagegen lässt sich nicht sagen, weil ein anderer kulpos verfährt, bin ich, der ich an und für sich zwar die notwendige Diligenz nicht zur Schau trage, diesem gegenüber nicht in culpa. Das scheint etwas gezwungen und zu allgemein; wir möchten dem Verfasser unsere obige Ansicht als Mittelweg vorschlagen unter Appendix seiner eigenen Worte. Die culpa besteht eben in dem non intellegere id quod omnes intellegunt. Wie also hier?

Levison's weitere Ausführungen sind zutreffender. In vielen Fällen, meint er, ist zwar die einzig relevante Frage die, welcher von zwei Personen in Bezug auf einen eingetretenen schädlichen Erfolg eine Schuld zuzurechnen ist, sodass lediglich hiervon die Entscheidung abhängig ist; allein in unserm Quellenbeispiele wird eine beiderseitig schuldhafte Mitwirkung vorausgesetzt und auch von dem Juristen dargethan. Nur bezeichnet derselbe ohne Bedenken das Verschulden des Verletzten als das überwiegende Moment — de se queri debet — und gelangt so zur Verneinung eines Entschädigungsanspruches. Weder wird ein Gewicht darauf gelegt, welches Verschulden zuerst eingetreten sei, noch auch untersucht, welche schuldhafte Thätigkeit die eigentliche oder Hauptursache sei, sondern die Entscheidung stützt sich einfach auf die schuldhafte Mitwirkung des Beschädigten, die nach dem Grund-

satze quod quis ex sua culpa u. s. w. ohne weiteres den aus der schuldhaften Thätigkeit des Gegners sonst herzuleitenden Ersatzanspruch ausschliesst.' Hätte *Lerison* des Proculus Ansicht mehr berücksichtigt, so wäre ihm die Unsicherheit in der Judikatur, die uns gerade nach diesem Quellenbeispiel, wenn auch nicht bewunderungswürdig, so doch verständlich erscheint, nicht derart aufgefallen. Während also das Gericht in dem von *Levison* S. 45 zitierten Beispiel die Schadensersatzforderung anerkannte, liess z. B. in einem fast kongruenten Fall ein Frankfurter Schwurgericht im Dezember 1894 Culpacompensation eintreten. Hier heisst es: Einem Wirt wird die fahrlässige Tötung eines Tagelöhners zur Last gelegt. Als der letztere am Abend des 8. VII. auf dem Hof der Wirtschaft des Angeklagten eine Bedürfnisanstalt aufsuchen wollte, fiel er, an einer offenen Kellertreppe vorübergehend, in den Keller hinein mit dem Kopf auf eine der Treppenstufen, so dass er sich einen Schädelbruch zuzog, an welchem er am 19. IX. im Spital verstarb. Da sich ergiebt, dass der Verunglückte, welcher angetrunken war, die zum Tode führende Verletzung eigener Unvorsichtigkeit zuzuschreiben hatte — cf. de se queri debet, — so wird der Angeklagte, der namentlich nicht annehmen konnte, jener Teil des Hofes werde von einem Gaste betreten werden, freigesprochen.

2. l. 28 pr. und § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2 heisst es: Wer an einem öffentlichen Platze Gruben für Bären oder Hirsche anlegt, in welche jemand stürzen und sich eine Verletzung zuziehen kann, haftet wegen Körperverletzung, besonders, wenn der Verletzte durch nichts vor der Gefahr gewarnt worden war. Er haftet nicht, wenn die Fallgruben an abgelegenen, geeigneten Plätzen angelegt sind. Oft kommt es auch zur Ab-

weisung der Klage, wenn der Verletzte die Gefahr hätte vermeiden können.

Hierzu bemerkt *Levison*: im Moment der schuldhaften Thätigkeit der Schädigers sei von einer vollendeten Beschädigung gar nicht die Rede, sondern es werden nur die Voraussetzungen der culpa in Beziehung auf ein bestimmtes Beispiel erörtert — sehr wohl! Es handelt sich aber doch für uns darum, die römisch-rechtliche Auffassung der Culpacompensation kennen zu lernen, wozu wir im corpus iuris zweifaches Material haben: Beispiele und Gesetze. Was würden wir für Augen machen, wenn eine spätere Generation lediglich das lückenhafte Material der Reichsgerichtsentscheidungen u. s. w. zu einer Bearbeitung unserer Rechtinstitute verwendete und vom Str.-G.-B. z. B. sagen wollte: § 223 hat mit der Körperletzung nichts zu thun, er erörtert nur beispielsweise deren Voraussetzungen auf ein bestimmtes Objekt? *Demelius*[1]) hingegen bestreitet überhaupt das Vorliegen einer Culpacompensation. Auch hier ist Beschädiger nach ihm von (Beschädigungs)-Verpflichtung frei wegen konkurrierender Verschuldung von Seiten des Beschädigten wegen Mangel an eigener culpa, indem eben das Vorhandensein von Umständen, die jeden vor dem Betreten des gefährlichen Orts warnen mussten, ‚das Verfahren, welches die Beschädigung herbeiführte, als ein auch vom diligens pater familias zu erwartendes charakterisiert'. Der Hinweis auf § 5 I. h. t. und l. 13 eod. wo *Paulus* sagt: nam culpa ab eo exigenda est, cum divinare non potuerit an per eum locum aliquis transiturus sit, vermag uns die Ansicht nicht zu benehmen, dass jemand sehr wohl in culpa sein kann,

[1]) S. 60.

z. B. durch Nichtanbringen von Warnungstafeln, durch Nichtbeleuchten des Treppenflurs, und alsdann bei gegnerischer Schuld Culpacompensation eintritt z. B. wenn der Beschädigte infolge Trunkenheit ebenfalls in culpa versierte. Auch unser vorhin erwähntes Beispiel praktischer Judikatur könnte man hier erwähnen. Unserer Ansicht ist endlich *Wendt*, wenn er[1]) sagt: „So könnte *Brinz* immer noch sagen: Da geht kein Schuldiger frei aus. Gerade dieses Wort bewährt sich dann aber keineswegs an anderen sonst in Betracht kommenden Stellen z. B. l. 28 § 1, l. 31 und l. 52 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2. Die beiden ersteren Stellen sprechen ganz allgemein aus: multa huiusmodi deprehenduntur quibus summovetur petitor, si evitare periculum poterit. Die Tragweite dieser multa huiusmodi ist zwar mitunter der Art, den Gegner von Schuld zu entlasten, keineswegs aber werden alle Fälle so liegen und auch bei beiderseitigem Verschulden wird die Entscheidung zu befolgen sein: summovetur petitor si evitare periculum poterit. Diese Entscheidung ist auf das Verhalten des Verletzten gestellt und nicht davon abhängig gemacht, wie weit etwa der Gegner durch die von ihm getroffenen Vorsichtsmassregeln dem Vorwurf der Schuld zu entgehen vermag".

3. l. 30 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2 qui occidit adulterum deprehensum servum alienum, hac lege non tenebitur ist bisher als Quellenbeispiel für Culpacompensation noch nicht verwandt worden, jedenfalls weil man von dem heute sehr richtigen Gedanken ausging, dass die im Affekt erfolgte Abstrafung eines in flagranti ertappten Ehebrechers überhaupt culpa caret, nicht das Requisit eines Verbrechens bildet. *Rom* in

[1]) l. c. S. 159.

der katonianischen Aera hätte wohl gerade so argumentiert; zu einer Zeit aber, wo die Ehe durch blossen privaten Entschluss lösbar war, sowohl beiderseitiges divortium, wie einseitiges repudium, und bloss Vermögensstrafen den schuldigen Teil trafen, glauben wir nicht, dass der Richter bei blutiger vendetta die Schuldfrage negiert hätte. Die Quellen überliefern uns nämlich auch Bestimmungen, wie es bei Freien gehalten wurde, die dem väterlichen oder eheherrlichen Rachestahl zum Opfer fielen. Bezeichnend für die laxe Auffassung, die das römische Rechtsgefühl in moralischer Hinsicht beherrschte, ist u. a. die Schutzlosigkeit der Sklavenehe [1]), ganz besonders aber der Inhalt der l. 2 § 3 D. ad leg. Jul. de adulteriis coerendis, wo es heisst: Ceterum qui patitur uxorum suam delinquere matrimoninmque suum contemnit quique contaminationi non indignatur, poena adulterum non infligitur wie oft mag man wohl an derartige Ehrlosigkeit appelliert haben, die wohl gar die homerische Poesie zum Deckmantel ihrer Charakterlosigkeit nahm, wenn sich l. 14 § 1 h. l. allgemeiner Kenntnis erfreute: οὐ μόνοι φιλέουσ' ἀλόχους μερόπων ἀνθρώπων 'Ατρεῖδαι.

Dem Vater nun gestand diese lex das Recht zu, den stuprator seiner Tochter in seinem oder seines Schwiegersohnes Hause zu töten, wenn er ihn in ipsa turpitudine überrascht hatte, ja sogar seine Tochter, wenn sein Zorn beide in continenti traf, ohne dass er ein Verdammungsurteil riskierte. Eigentümlich aber sind jene Bestimmungen [2]), nach denen sich der Gatte zu richten hatte, wenn er den adulter seiner Frau ‚in ipsis rebus Veneris' in seinem Hause betraf: War es,

[1]) cf. l. 23 pr. C. ad. leg. Jul. 9, 9.
[2]) l. 25 h. l.

so dekretiert l. 25, ein leno, ein Schauspieler, ein bürgerlich Ehrlorer, ein Freigelassener oder Sklave der Familie, so war er unbedenklich seiner Rache preisgegeben, die Frau war unverzüglich zu verstossen; über andere Persönlichkeiten geht das Gesetz mit beredtem Schweigen hinweg — nur einen 20stündigen Arrest durfte der verratene Ehemann testandae eius rei causa über den Delinquenten verhängen, von dem er sich dann unter Attest der Zeugenschar seinen Schmerz in baar vergüten lassen konnte. Um also auf unsern Ausgangspunkt zurückzukommen: der Ehemann, welcher ein Nichtmitglied obiger Verbrechergallerie tötete, befand sich in Culpa; Compensation der beiderseitigen Culpa konnte demnach stattfinden mit der Wirkung, dass der seinem berechtigten Affekt gehorchende Gatte des gesetzlichen Sühnegeldes verlustig ging. Gelangt auch ein Reskript von ca. 220 zu einem andern Resultate — es werden dem Totschläger eines von obiger Gruppe eximierten adulter in Gestalt seines dolor inconsultus et iustus und der nox mildernde Umstände zugebilligt und er zu Exil verurteilt — so lässt uns das höhere Rechtsprinzip und die fakultative Fassung der Anordnung (potest in exilium dari) unsere oben vertretene Ansicht als allgemein gültige erachten.

Eine nur partielle Culpacompensation findet sich in l. 52 pr. D. ad leg. Aquil., die wir, um kein etwa hergehöriges Quellenbeispiel zu übergehen, erwähnen zu sollen glauben. Si ex plagis servus mortuus esset, neque id medici inscientia aut domini negligentia accidisset, recte de inuria eo occisso agitur. Man könnte in der positiven, affirmativen Fassung der Stelle eine partielle Culpacompensation zu erblicken geneigt sein. Die negligentia domini oder inscientia medici, an welcher angenommenen Falls der Sklave zu Grunde

geht, bringt seinen Herrn – denn diesem lag die Sorge für ihn ob — um die Differenz zwischen der Schadensersatzforderung aus der actio de vulnerato (legio Aquiliae cap. III) und de occiso (caput I). Es kompensiert sich somit die culpa domini mit der culpa vulnerantis in Bezug auf Ersatzhöhe aus I und III.

Demelius sagt zu dieser Stelle[1]: l. 52 scheine den Satz quod quis ... dahin auszudehnen, dass auch interzedierende Culpa eines Dritten dem Delinquenten zu Gute kommen solle — das stimmt zunächst nicht — ein dritter Mann spielt in der Construktion der Rechtsfrage keine Rolle, der Beschädigte ist gleichmässig der Herr des Sklaven, mag nun dieser α. sich einem medicus insciens anvertraut haben (dann hätte sein Herr ihn für vorkommende Fälle besser instruieren sollen) oder β. der Herr ihn selbst einen solchen anvertraut, oder endlich γ. überhaupt keinen Arzt zu Rate gezogen haben. Weiter behauptet Demelius: Der Beschädigte könne wegen des Todes haften, auch wenn de vulnerato geklagt wurde; kein Zweifel, dass im Falle der medici inscientia, falls dem Eigentümer keine Nachlässigkeit bei der Wahl des Arztes zur Last fällt, Delinquent de servo vulnerato auch wegen des erfolgten Todes aufkommen muss. Mit Recht folgert *Levison* aus dieser Bemerkung von Demelius, dass danach der Verwundende allerdings mit der Klage de vulnerato auch für den Tod des Sklaven ersatzpflichtig gemacht werden könne, selbst wenn der behandelnde Arzt sich einen groben Kunstfehler hätte zu Schulden kommen lassen, wofern nur der Verwundete selbst — wir fügen zu: und der Besitzer — in der Wahl des Arztes kulpos vorgegangen sei. Diese Auffassung führte denn doch zu unerträglichen Härten und wohnt auch keineswegs den klaren Worten der Quellenstelle inne.

§ 26.

An einer Reihe von Beispielen haben wir die Erfordernisse nachgewiesen, die den Richter zur Compensation von Schuld und Gegenschuld berechtigen; wir haben darauf hingewiesen, mit welcher Genauigkeit zu Werke gegangen werden muss, da oft der Schein, nicht aber das thatsächliche Vorhandensein der erforderlichen Bedingungen vorliegt. Fragen wir nach alledem, auf welchen Rechtsgrund stützt sich die Vornahme der Culpacompensation, so gelangen wir zu folgenden Ergebnissen. Die Aequitas gebietet, jeden zurechnungsfähigen Menschen verantwortlich zu machen für sein Thun und Lassen, das Gesetz kann nicht immer, wie es die oben erwähnte Rechtsnorm im Auge hatte, das Factum zurücktreten lassen hinter der causa feciendi. Und wie oft die Motive selbst uns im Stich lassen, das beweist in offenem Gegensatz zu dieser Forderung die von dem römischen Recht nicht selten verwandte negligentia. Wer nachlässig, mit geschlossenen Augen, könnte man sagen, durch die Weltgeschichte spazieren geht, darf sich nicht wundern, wenn ihr Rad ihn erbarmungslos zn Boden wirft. Was so von höherer Warte aus das beobachtende Auge des Kulturhistorikers sieht, das konstatiert sein in die Praxis des individualen Seins übersetzter Bruder, der Jurist, an der Hand der Kasuistik im Kleinen. Wie jedes Rechtsinstitut, so hat auch das unsre seine Schule durchgemacht. Es war nur ein Schritt, aber logisch durchaus sanktioniert, der von der Forderungskompensation zur Schuldkompensation führte. Wer selber die Schuld einer ihm von andrer Seite zugefügten Schädigung trägt, hat nicht das Recht, diesen zur alleinigen Verantwortung zu ziehen; seine Ersatzansprüche, die

er fordern könnte, wäre er frei von eigener Schuld, werden zum mindesten reduziert. Was nun das Wort Compensation selbst betrifft, ob es den Schlüssel zum Verständnis und zur Rechtfertigung dieses Rechtssatzes enthält, so urteilt *Wendt* [1]) mit Recht, ‚dass wir es nur mit einer bildlichen übertragenen Vorstellung zu thun haben, der ein eigener Wert nicht innewohnt und welche uns nicht sowohl den Grund eines Rechtssatzes vor Augen führt, als nur eine Vergleichung desselben mit einer andern bekannten Erscheinung'". Grund der eigentlichen Compensation, der debiti et crediti inter de contributio, ist doch eigentlich nur der praktische Gedanke, sich gegenseitigen Austausch derselben Quanten zu ersparen, also nicht, wie der Sprachgebrauch ungenau sagt, Compensation der Forderungen, sondern der Leistungen. Erst die Folge hiervon wiederum ist die Aufhebung der Forderungen, deshalb, weil die Leistungen für vollzogen angesehen werden. Um eben den imaginären Vorgang zu veranschaulichen, denkt man sich die Wage belastet, bis die Zunge einspielt, und die gedachte Prolepsis gewinnt festen Boden. So, haben wir oben erkannt, verhält es sich mit den verwandten Rechtserscheinungen, die nur auf einer Seite vorhandenes kulposes Verhalten charakterisiert, so mit der Deliktskompensation, bei der die Connexität der culpa Gegenansprüche gar nicht aufkommen lässt, so endlich bei der Culpacompensation, wo — auch hier wieder die Prolepsis — die culpa an sich nicht aufgehoben wird; das ist ein moralisches Defizit, das kein fremdes Verhalten und kein Richterspruch aus der Welt zu bannen vermag, wohl aber deren Folgen, die aus beiderseitiger culpa entstandenen geldwerten

[1]) S. 155.

Ansprüche. Von einer Compensation der culpa zu sprechen, ist daher nur insofern erlaubt, als die rechtliche Bedeutung der Schuld des Thäters durch die eigene Schuld des Geschädigten ihrer Wirkung entkleidet und in diesem Sinn aufgewogen wird.

Unsere Resultate vermögen sich nicht mit denen von *Pernice* und *Demelius* zu decken. Es ist, das dürfen wir offen aussprechen, keine Unterbrechung des Causalzusammenhangs, die einer Culpacompensation die Existenzberechtigung verleiht[1]). Wir können uns nach den obigen Beispielen gar keine Rechenschaft darüber geben, wie z. B. durch das Betreten des campus iacnlatorius seitens des Sklaven der Causalzusammenhang zwischen der durch den tötlichen Wurf herbeigeführten Verletzung und dem unachtsamen Abwerfen seitens des Deliquenten unterbrochen wird. Dagegen werden wir am Schlusse dieser Untersuchung eine thatsächliche Unterbrechung des Causalzusammenhangs ins Auge zu fassen haben.

Aber auch die Demelius'sche Ansicht ist unhaltbar. Den eingetretenen Schaden, bemerkt *Wendt*, deshalb als vom Beschädigten selbst gewollt zu betrachten, weil er in Ansehung desselben sich in culpa befindet und so den Satz volenti non fit iniuria in Anwendung zu bringen, würde doch ein Verhältnis von Wille und Schuld voraussetzen, wie es in Wahrheit keineswegs besteht und würde den Satz nötig machen, dass es überhaupt keine ungewollten Folgen von Wille und Handlung gebe. Das ist ja zwar die Meinung von

---

[1]) Aber es giebt Fälle, in denen der Causalzusammenhang zwischen der rechtswidrigen That und der Ersatzpflicht durch eigenes Verschulden des Beschädigten unterbrochen wird z B. l. 52 pr. D. 9, 2.

Binding[1]) gewesen ‚wir wollen mit den Ursachen unbesehen auch alle ihre Folgen'. Gerade dieser Lehre[2]) kann aber gewiss nicht zugestimmt werden. ‚Demelius führt nun zwar eine Reihe von Quellenstellen an, in welchen er jene Vorstellung auch bei römischen Juristen glaubt finden zu können; allein auch dieses Bemühen ist u. E. vergeblich gewesen. Es mag genügen, das an einer der von ihm zitierten Stellen vor Augen zu führen l. 61 § 7 de furtis 47, 2 haec ita puto vera esse si nulla culpa ipsius qui mandatum vel depositum susceperit, intercedat, ceterum si ipse ultro ei custodiam argenti forte vel nummorum commiserit, cum alioquin nihil umquam dominus talo quid fecisset, aliter existimandum est. Demelius betont zu seinem Zweck das ultro, nach seiner Meinung müsste also gesagt werden können: Der Mandatar oder Depositar, der dem Sklaven Silbergeschirr oder Geld zur Aufbewahrung gegeben habe, sei mit der Unterschlagung desselben von vornherein einverstanden gewesen, habe seine Beschädigung selbst gewollt. Das liegt aber in jenem ultro sicherlich nicht und bedarf keinesfalls einer weiteren Widerlegung'[3]). Diese Gedanken erinnern ja fast an unser reformbedürftiges Militärstrafgesetzbuch, das in katonianischer Strenge den der Verleitung zum Diebstahl zeiht, der in allzugrosser ‚Offenheit' sich der Gelegenheitsofferte schuldig gemacht hat. Man mag ja, das geben wir Demelius gern zu, ein klares Bewusstsein von den Eventualitäten haben, die ein gewisses Verfahren im Gefolge haben kann — trotzdem ist man oft weit entfernt, sie zu wollen.

---

[1]) Normem und ihre Uebertretung Bd. II S. 112.

[2]) Wendt S. 154.

[3]) Wendt S. 154.

So kehren wir denn — und dies ist ein neuer Beweis für die, wenn vielleicht auch unbewusste, so doch zielbewusste Direktive der nach Gleichgewicht, zwischen Schuld und Schadenersatz ringenden römischen Jurisprudenz — notgedrungen zurück zu dem Satze: Quod quis . . . Mittlerweile ist uns klar geworden, was er sagen will und was er nicht sagen will. Ausgeschlossen sind die Fälle, wo keine Schuld und keine Haftung vorliegen. Betont wird korrekterweise nicht, dass die Culpa aufgehoben, sondern das sentire damnum, die Haftpflicht beseitigt wird. Und eben damit werden wir umsomehr zum Verlassen des Compensationsgedankens gedrängt, weil es sich ja auch bei einseitigem Verschulden nicht anders stellt, als bei beiderseitiger Schuld. Nicht das formelle Recht der Compensation, sondern eine Forderung der Billigkeit und Gerechtigkeit macht sich darin geltend, nicht weil der Thäter ausser Schuld ist, bleibt er von der Haftung befreit, sondern obwohl an sich die Voraussetzungen seiner Haftung erfüllt sind. Der Verletzte hat es sich selbst zuzuschreiben, de se queri debet, das ist der wahre Ausdruck jener Billigkeitserwägung [1]). Nun können wir auch die Levison'sche Bemerkung bei seiner Kritik der Mommsen'schen Theorie als zu einseitig berichtigen. Denn wenn wir die einer Culpacompensation zu Grunde liegende Billigkeitserwägung konsequent walten lassen, so wird es uns nicht mehr auffallen, weshalb das römische Recht ohne weiteres bei Konkurrenz der Schuld von Verletzer und Verletzten ersteren günstiger stellt, als wenn irgend ein Dritter die durch eine schuldhafte Handlung geschaffene Lage ausnützt und so, an die erste Culpa anknüpfend, einen bedeutenderen, ohne die

[1]) Wendt, S. 156.

folgende Culpa vermeidbaren Schaden hervorruft. Weshalb soll das Verschulden des Beschädigten dem Schädiger gewissermassen zur Prämie für seine Culpa, dagegen das Verschulden jedes beliebigen Dritten demselben zur Strafe für die eigene Culpa imputiert werden?' Hier schweben *Levison* die Digestenstellen l. 11 § 3, l. 15 § 1 ad leg. Aquil. vor, welche den wirklichen Thatbestand einer Unterbrechung des Causalzusammenhangs bieten: A verwundet einen Sklaven tötlich, B — oder was auf dasselbe hinauskommt — ein casus, tötet den Verwundeten. Infolgedessen haftet A nur de vulnerato, B aber de occiso servo — wir können dieses Urteil vom Standpunkt römischrechtlicher Auffassung nur als konsequent bezeichnen — *Levison* selber[1]) erkennt dies an, wenn er bei Gelegenheit der Prüfung der Bar'schen Lehre vom Causalzusammenhang sagt: . . . Eine Schwierigkeit entsteht schon, wenn eine blosse Verwundung herbeigeführt wird, der Tod aber erst nach einiger Zeit, vielleicht unter Mitwirkung des Verletzten oder anderer Personen oder äusseren Naturereignisse eingetreten ist. Soll auch hier der Verwundende für alle sich ergebenden Complikationen haften?' Wie steht es, fragen wir, nun mit der Prämie? Uebrigens müssten wir schon einen ganz komplizierten Thatbestand annehmen, wenn wir Culpa des Beschädigers, des Beschädigten und interzedierende Culpa eines Dritten vereinigen wollten. Ein weiteres Quellenbeispiel ausser l. 52 § 1 cit. ist uns nicht zur Hand — wir kommen immer, und das möchte auch *Levisons* Zweifel heben, auf die Norm zurück: Quod quis . . . Es ist keine Prämie, die die Culpa des Beschädigers ihrer Consequenzen entkleidet, sondern

[1]) S. 29.

die ausgleichende aequitas, welche die beiden schuldhaften Handlungen abwägt; der Culpa eines beliebigen Dritten, der keine konkurrierende des Beschädigten die Wagschale hält, werden ihre ungeschmälerten Folgen von Rechtswegen imputiert.

§ 27.

Eine nicht unwichtige Einzelfrage bei Zergliederung unseres Construktionsmaterials für das Rechtsinstitut der Culpacompensation ist die nach der Zurechnung. Wir glauben diese bisher etwas vernachlässigte Frage im Interesse eines erschöpfenden Versuchs zum Verständnis unserer hochinteressanten Materie nicht ebenfalls stillschweigend übergehen zu sollen und widmen ihr einige Zeilen selbst auf die Gefahr des Vorwurfs exkursorischer Tendenz.

1. Für die Frage, ob Unmündige durch kulpose Handlungen verpflichtet werden, kommt das Mass ihrer Einsicht in Betracht. Dem alten römischen Recht war dieser Gedanke fremd. Die XII Tafeln belegten den unmündigen Dieb mit Strafe, wenn auch mit einer leichteren, als den mündigen. Seit der hadrianischen Zeit erklärte man aber für deliktsfähig nur pubertati proximi, die gegebenen Falls Einsicht in die Strafbarkeit ihrer Handlungen besassen. Zur Zeit des Labeo unterschied man nach Delikten; Unmündige hafteten wegen Diebstahl und aus der lex Aquilia wegen Sachbeschädigung — wegen Beihülfe zum Diebstahl und wegen dolus hafteten sie nicht: l. 5 § 2 ad leg. Aquil. l. 23, § 1 D. de furtis 47, 2; l. 13 § 1 D. de dolo malo 4, 3. Das neuere Prinzip, bei Begehung einer kulposen Handlung, die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht der Beurteilung zu Grunde

zu legen, stammt hauptsächlich von Julian l. 4 § 26 D. de doli mali exc. 44,4, endlich cf. l. 3 § 1 D. 47, 2 siehe unter 2. Eine Ausbildung erhielt die Lehre von der Haftung Minderjähriger erst im gemeinen Recht, das z. T. wörtlich auf den zitierten Stellen beruht, das Str.-G.-B. endlich § 56 erklärt strafbare Handlungen, die ein Minderjähriger vor dem vollendeten 18. Lebensjahr beging, für straflos, wenn er die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit nötige Einsicht nicht besass; ein Kind hat eben keinen Willen und ist deshalb nicht handlungsfähig, folglich kann es auch keine Verbindlichkeiten schliessen und, weil Verschulden zu Verbindlichkeiten führt, auch kein Verschulden begehen. Folgerecht — und das ist für unsere Betrachtung von Wichtigkeit — muss sich ein nach § 56 Str.-G.-B. Privilegierter auch hierauf berufen können, wenn er zivilrechtlich wegen seiner vor dem vollendeten 18. Jahr begangenen Delikte auf Schadenersatz belangt wird. Culpacompensation ist also ausgeschlossen, wenn Beschädiger nicht älter als 18 Jahre ist, weil auf seiner Seite überhaupt keine Culpa vorhanden d. h. dem Beschädigten, mag er nun in Culpa sein oder nicht, verwehrt die Immunität des unter 18 Jahre alten, unverständigen Beschädigers jeden Anspruch auf Schadensersatz.

2. Geisteskranke, furiosi und dementes, früher unterschieden, stehen im Justinianischen Recht einander gleich; sie werden durch Delikte weder zivil- noch kriminalrechtlich haftbar, ‚weil Delikte ihnen nicht zurechenbar sind'; ein Satz verfeinerter Rechtsanschauung nach *Dernburg*, welcher freilich in Rom nur allmählich durchdrang und mit dem sich die Kriminalpraxis vom Nützlichkeitsstandpunkt aus nur schwer befreunden konnte. l. 5 § 2 cit., ähnlich l. 4 § 26 a. E.

de doli mali exc. 44, 4; l. 3 § 11 de S. C. Silaniano 29, 5; l. 3 § 1 D. de furtis 47, 2, wo Ulpian in geradezu moderner Rechtsfeinheit argumentiert, ganz die Gedanken, dass Bewusstlosigkeit, krankhafte Störung der Geistesthätigkeit, unwiderstehliche Gewalt, Notwehr oder Notstand unserer §§ 51—54 Str.-G.-B. von Verantwortlichkeit und dementsprechend von Haftung eximieren. Uebrigens ist uns die praktische Anwendung einer dieser species exemptionis, der Notwehr, oben in l. 52 § 1 D. ad leg. Aquil. cit. entgegengetreten, weshalb wir diesen Schulfall vom Prinzip der Culpakompensation ausgeschlossen haben: culpam enim penes eum qui prior flagello percussit residere.

3. Frauen und Verschwender nehmen in unserer Frage hinsichtlich der Haftung aus kulposem Verhalten keine exzeptionelle Stellung ein, letztere allerdings erst nach einer Differenzierung einer ruhiger denkenden Epoche, die l. 40 D. de R. J. 50, 17 noch nicht kannte.

§ 28.

Ebenso wie die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit des Beschädigers für den Beschädigten dann von praktischer Wichtigkeit wird, wenn sich eine Verschiedenheit der beiderseitigen culpa herausstellt, wird für den Beschädiger die Frage relevant sein, ob die richterliche Prüfung des Thatbestands sich auf die Zurechnungsfähigkeit des Beschädigten zu erstrecken hat, ob also die wegen des eigenen Verschuldens des Beschädigten auszusprechende Abweisung der Klage Zurechnungsfähigkeit desselben zur Voraussetzung hat. Wir hätten also wieder die Untersuchung anzustellen, die uns im vorigen § beschäftigt hat, und im Einzelfall das Ergebnis unserer Cognition dahin zu formulieren,

dass der Beschädiger schadensersatzpflichtig sei, weil die grundlegende Voraussetzung der Culpacompensation in der Hinsicht nicht gegeben sei, dass infolge Mangels freier Willensbestimmung des infans, furiosus etc. eigene Schuld des Beschädigten nicht existiere. Diese Erwägung hat auch einzelnen Gerichtsentscheidungen zu Grunde gelegen [1]). Wo ein Verschulden des Beschädigers vorliegt, dem ein unter normalen Verhältnissen wohl schuldhaftes Verhalten des Beschädigten gegenübersteht, bei dem aber die Schuldfrage des Beschädigten verneint werden muss, wenn derselbe seiner freien Willensbestimmung nicht Herr war, so tritt keine Compensation beiderseitigen Verschuldens ein, sondern Beschädiger haftet wegen damnum iniuria datum in voller Höhe. Hier bleibt ja, im Gegensatz zu der sich an den blossen Thatbestand der Betriebsunfälle anschliessenden Haftpflicht, immer noch die aquilische Schuld des Verletzers bestehen, die ohne Beeinträchtigung des Aequitätsprinzips auch für ihre Causalität verantwortlich gemacht werden kann. Wie aber — und hiermit treten wir in ein neues Stadium der Entwicklung unserer Frage ein — wenn auf Seiten des Beschädigers keine Schuld vorlag, sondern lediglich der Thatbestand der im § 15 bez. 18 genannten Unfälle vorliegt? Soll die Eisenbahn haften, wenn ein Kind dem nahenden Zug in die Räder läuft, wenn ein Furiosus den Fahrdamm zu seiner Promenade, ein Betrunkener ihn zu seiner Lagerstätte wählt? Der Wortlaut des Gesetzes, wie die bisherige Judikatur, lässt Haftung eintreten; unsere Ansicht aber muss der organischen Entwicklung zufolge, unter der wir das Rechtsinstitut einer Culpacompensation unserm geistigen

---

[1]) R.-G. I Nr. 101, Seuff. Bd. 38 Nr. 211.

Auge vorgeführt haben, zu anderm Resultat führen. Wir haben ausdrücklich der Behandlung dieser Betriebsunfälle i. w. S. eine Ausnahmestellung eingeräumt, konsequenterweise können wir unsern Standpunkt an dieser Stelle nicht der allgemeinen, für culpa des Beschädigers geltenden Rechtsprinzipien unterordnen. Freilich konnte Rom, das sich des Besitzes dieser grossartigen Verkehrsinstitute nicht erfreute, hierfür keine Gesetze schaffen. Die fortschreitende Kultur, die hinter dem universellen Interesse das individuellen hätte zurücktreten lassen können, hat trotzdem, eben der Gefährlichkeit jener Betriebsunternehmungen wegen, an den blossen Thatbestand einer Beschädigung durch sie ihre Entschädigungsverpflichtung geknüpft. Hier zeigt sich die aequitas in ihrem strahlendsten Lichte: Ohne Rücksicht auf Schuld oder Unschuld haftet der Unternehmer, wenn der Thatbestand einer Beschädigung infolge des Betriebs vorliegt. Andrerseits aber gebietet dieselbe aequitas, eine Haftung auszuschliessen, wo einem Willensunfreien gegenüber die Ersatzverbindlichkeit rein objektiv aus einem Unfall entspringt. Resümieren wir danach: Die Eisenbahn haftet, wenn Beschädigter frei von Schuld; sie haftet nicht:

1. wenn Beschädiger in Schuld;

2. wenn Beschädigter zwar nicht in Schuld, aber willensunfrei (infans, furiosus, demens).

Hiermit stimmt u. a. *Croissant*[1]) überein: Wenn auch ein Verschulden, welches zu einer Verbindlichkeit führt, also vertretbares Verschulden, ausgeschlossen ist, so ist doch ein solches nicht ausgeschlossen, welches nicht zu einer Verbindlichkeit führt, somit niemals

[1]) Haftpflicht S. 12.

eigenes Verschulden. Sobald ein Kind aus seiner eigenen Handlung auf Schadensersatz klagt, darf es aus seiner Schwäche keine Waffe schmieden. Das gleiche gilt für die, welche aus dem Recht des Kindes klagend auftreten. Aehnlich *Unger*[1]): „in Theorie und Praxis hat die Frage Schwierigkeiten gemacht, was Rechtens sei, wenn der Verunglückte ein Kind oder Wahnsinniger oder sonst Unzurechnungsfähiger ist, und sich daher nicht in eigenem Verschulden befindet. Die Praxis des Reichsgerichts ist schwankend; allerdings ist dies begreiflich, da man von dieser Materie in ähnlicher Weise, wie von der mora l. 32 D. 22, 1 sagen muss: difficilis est huius rei definitio, quaestio magis facti quam iuris est. Andrerseits lässt sich freilich nicht in Abrede stellen, dass gerade auf diesem Gebiete ius certum höchst wünschenswert wäre. Darüber nun sollte doch wohl kein Zweifel sein, dass die Unternehmung für einen solchen Zufall nicht aufzukommen hat, da derselbe nicht durch Schuld des eigenen Betriebes entstanden ist (das ist doch auch nicht der Fall, wenn Beschädigter kein demens etc.!) „Der Ausdruck Verschulden lässt sich hier nicht bloss in subjektivem, sondern auch in objektivem Sinne verstehen, in welchem er Verursachen bedeutet; der unzurechnungsfähig Verunglückte hat den Unfall immerhin durch eigene Schuld i. e. S. herbeigeführt und sich die Schädigung selbst zugezogen . . per eum stetit cf. l. 18 D. 13, 5". Soweit *Unger*, der der Sache damit jedoch nicht auf den Grund gerückt ist. Bei genauer Betrachtung entdecken wir doch einen tieferen: Es ist meist culpa derer, die für den Willensunfreien, als ihren Schutzbefohlenen, die Sorge, die Verantwortung

[1]) Handeln auf eigene Gefahr Jena 1893 S. 93.

tragen, seien es nun beim Kinde die Eltern, beim Furiosus die Vormundschaft, beim Trunkenen seine Freunde etc., die mindestens moralisch für deren Integrität während der Dauer dieses Zustandes zu wachen haben. „Es handelt sich, sagt *Wendt* [1]), für uns nicht „darum, aus dem eigenen Verschulden eine Verant„wortlichkeit und Haftung des Kindes oder Wahn„sinnigen abzuleiten oder Ansprüche gegen sie zu„ständig werden zu lassen, wozu es allerdings der „Schuld im strengen Sinn bedürfen würde; sondern „umgekehrt stehen ihren Ansprüchen gegenüber 3 Per„sonen da, welche das Gesetz dann versagt, wenn ihr „eigenes Verhalten den Unfall herbeigeführt hat. Man „beachte, dass § 1 des Haftpflichtgesetzes ja keineswegs „eine Verursachung des Unfalls durch die Bahnbeamten „zu Grunde gelegt wird, dass dieser vielmehr durch „das Kind oder den Furiosus in ausschliesslicher Cau„salität verursacht sein kann. Die Billigkeitserwägung, „welche die Eisenbahnen von Ersatzansprüchen bei „eigenem Verschulden des Verletzten frei macht, wird „dann durch die Unzurechnungsfähigkeit des Letzteren „nicht aufgehoben. Denn es bewendet noch immer „dabei, dass der Unfall durch ihn, durch sein eigenes „Thun und Lassen herbeigeführt ist und so muss m. E. „zu Gunsten der Eisenbahnen erkannt und die Klage „auch in solchem Fall abgewiesen werden".

Zum Nachdenken geben auch andere Entscheidungen Anlass [2]). Wir möchten uns nicht ohne weiteres zu den kühlen Beurteilungen *Egers* und *Wendts* bekennen, die das Motiv des Handelns schlechthin unberücksichtigt lassen. Wir meinen, einem Manne, der den

---

[1]) l. c. S. 180.

[2]) Haftpflichtgesetz v. Eger S. 152 R.-O.-H.-G. Bd. 22 Nr. 31.

hohen Mut besitzt, zur Rettung eines Menschenlebens sein eigenes in die Schanze zu schlagen, sollte man nicht im Anschluss an das nüchterne Bahnpolizeiverbot ebenso nüchtern dekretieren: ‚Auf Kosten der Eisenbahnen sittliche Verpflichtungen zu verwirklichen, dürfte weder gerecht, noch billig sein. Glaubt jemand aus Gründen der Humanität sich über die bestehenden Sicherheitsvorschriften hinweg setzen zu müssen, so liegt rechtlich kein Grund vor, den daraus entstehenden Schaden der Eisenbahn zur Last zu legen'. Besondere Umstände schliessen auch bei einem bonus pater familias trotz des von ihm an den Tag gelegten Mangels an Vorsicht das eigene Verschulden aus. Dies wird von der Judikatur stets anerkannt, wenn es sich um Rettung eines Menschenlebens handelt[1]). Ueber derartige, verhältnismässig doch seltene Erscheinungen lassen sich eben keine positiven Normen aufstellen. Der Beurteilung des Einzelfalls muss es überlassen bleiben, immer unter dem Banner der aequitas zu entscheiden, welche Beugung man zu Gunsten höherer denn lediglich juristischer Ideale dem Rechte zugestehen darf und welche nicht; denn summum ius summa iniuria.

§ 29.

Wir betreten, indem wir den Beziehungen des Causalbegriffes zur Culpacompensation einige Spalten zu widmen unternehmen, ein an Theorien nicht minder, wie an Widersprüchen reich gesegnetes Gebiet. Sie alle zu berücksichtigen, möchte noch verwirrender wirken, als es die Ueberproduktion hierauf bezüglicher Untersuchungen bereits gethan hat, weshalb wir uns

---

[1]) R.-O.-H.-G. Bd. 22 Nr. 31; Entschdng. v. 15. II. 76; 25 VI. 77.

auf Betonung folgender Momente beschränken. Nicht wenig hat zur Diversion der Begriffe der Umstand beigetragen, dass man diesseits wie jenseits der Alpen Ursache und Schuld, causa und culpa, in bedenklicher Sprachfreiheit fast synonym zu gebrauchen sich gewöhnt hat[1]). Einfaches Nachdenken dürfte das Fehlerhafte dieser Gewohnheit darthun; Verursachung besteht ohne Verschuldung, diese ohne Verursachung. Dass die Philosophie dem Juristen hier nicht helfen kann, dürfte nicht weniger klar sein. Dem Rechte als dem leitenden Prinzip jedes sittlichen Organismus kommt es darauf an, den zur Désordre neigenden Einzelwillen dem ordnungserhaltenden Gesamtwillen unterzuordnen; das thut es durch die dem Individuum auferlegte Verantwortlichkeit. Den Quellenstellen können wir zu der angeregten Klärung der Begriffe nichts entnehmen, denn wenn irgendwo Unklarheit über die Begriffe causa und culpa herrscht, so im corpus iuris[2]). Es kann auch unsre Aufgabe nicht sein, die Lehren vom Causalzusammenhang wie sie *Merkel*, *Binding*, *Meyer*, *Birkmeyer*, *v. Bar*, *v. Buri*, *v. Rohland*[3]) aufgestellt haben, hier einer Prüfung zu unterziehen. Die rechtliche Verantwortung einer Person für einen einer andern zugefügten Schaden gründet sich nun zunächst auf die Verursachung durch dieselbe. Erst in zweiter Linie spielt die Schuldfrage eine Rolle und wir haben oben gesehen, dass es im modernen Recht Fälle genug giebt, wo sich auf die blosse Verursachung eines Schadens eine Haftpflicht gründet, ohne dass nach dem Attribut dieser Verursachung als einer schuldhaften

---

[1]) Z. B. Cohnfeldt Lehre v. Interesse S. 142.

[1]) Cf l. 39 D. 24, 3; l. 51, l. 11 § 1, l. 7 § 6, l. 9 pr. D. 9, 2.

[2]) Zusammengestellt bei Merkel Strafrecht S. 95 ff.

oder nicht schuldhaften zunächst gefragt würde. Diesen Gedanken hat auch *Levison*[1]) gestreift; in seiner weiteren Erörterung lehnt er sich etwas einseitig an *v. Bar* an, allerdings den hervorragendsten Theoretiker des Causalbegriffs. Nach ihm ist die Kardinalfrage dabei die: ‚Welches Kausalitätsverhältnis besteht zwischen Schuld und Erfolg'? — Liesse sich die Frage nicht einfacher dahin fassen: Was heisst überhaupt verursacht? was verschuldet? Eine präzise Beantwortung dieser so einfach klingenden Fragen steht aus — auch *Trendelenburgs* Erklärung: ‚Schuld ist die Causalität des rechtsverletzenden Willens' dürfte der Wahrheit nur nahe gerückt sein, ohne sie zu ergreifen. *Wendt* hat denn, um dem Dilemma zu entgehen, den *Mommsen*'schen Satz adoptiert: Kein Schaden dürfe in Anrechnung gebracht werden, welcher vom Beschädigten durch Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte vermieden werden können. So sehr wir dieser negativen Formulierung in praxi auch beizustimmen geneigt sind, so ist damit die Frage: Was ist Ursache, was heisst verursacht? noch nicht gelöst. Wir glauben aber keinen der grössten Schritte ins Ungewisse zu thun, wenn wir aus dem Gesamtkomplex der Meinungen uns zu folgender Formulierung bekennen: Ursache in juristischem Sinn ist die Beziehung einer menschlichen Handlung oder Unterlassung zum Erfolg (in totaler oder partieller Hinsicht), welche eine rechtliche Haftung begründet. Nun sind wir auch zu sagen berechtigt: Schuld ist der rechtverletzende Wille, insofern er als diese Ursache ins Rechtsleben eingreift.

---

[1]) l. c. S. 23.

§ 30.

Im Anschluss an die versuchte Aufstellung der Begriffe Causa und Culpa dürfen wir weiter fixieren: Nicht Aufhebung der Causalität des Schadens, sondern Aufhebung einer zurechenbaren Schuld wäre danach eine geeignete Formel zur Erklärung der Culpakompensation. Waren sich die Römer auch wenig klar über den Causalbegriff, so lässt sich doch nicht leugnen, dass sie ein feines Verständnis für dessen aus der Theorie in die Praxis führende Brücke, die bei der Culpakompensation in Betracht kommende Haftung, hatten. Und hierin ganz besonders beweist sich ihr eminenter Scharfblick, der keine unpraktischen Theorieen aufstellte, sondern an der Hand einer reichen Casuistik lernte und lehrte, was praktischen Rechtes war. In diesem Sinn will ja eben das stolze Wort verstanden sein: iustitia est rerum divinarum atque humanarum notitia. Und wie Griechenland Masshalten als das Ideal praktischer Lebensweisheit pries, so war es in Rom die aequitas, der man in abstracto und concreto (sogar in Gestalt von Münzinschriften[1]) huldigend sich weihte. Diese gab denn auch der Jurisprudenz die streng durchgeführte Regel von den Grenzen der menschlichen Haftung an: keine Zurechnung, wo keine Haftung d. i. Verantwortlichmachung für einen Erfolg. Von hervorragenden Quellenbeispielen erwähnen wir l. 11 § 3 ad leg. Aquil., eine Stelle, die noch in anderer Beziehung Interessantes bietet: sie zeigt uns das Aequitätsprinzip in seiner konsequentesten Anwendung: A verwundet zwar den B tötlich, aber da der Causalzusammenhang zwischen der Handlung des A

[1]) z. B. aequitas Augusti.

und ihrem Effekt durch Hinzutreten der Handlung des C unterbrochen wird, darf sich die Haftung nur bis zu diesem Moment seines Eintretens in die Aktion erstrecken. Und nun, was dem Laien auffällig erscheinen könnte, dass C für den Tod haftet, während vielleicht seine Verwundung ohne die vorhergehende seitens des A gefahrlos hätte sein können. — Aber — und das ist die integrierende Moral der Justiz — gerade auf Grund der vorhergehenden Verwundung erscheint die Handlung des C noch bedeutend verwerflicher, geradezu qualifiziert: deshalb das Strafmass de occiso, nicht de vulnerato. Auch die Motive der von Haftung handelnden l. 15 § 1 D. ad leg. Aquil. begründen das daselbst ausgesprochene Urteil und mit ihm den Einfluss einer thatsächlichen Unterbrechung des Causalzusammenhangs. l. 30 § 4 h. t. und l. 52 pr., (bereits oben erwähnt), zeigen nicht minder, dass das Billigkeitsprinzip auch interzedierende Culpa berücksichtigt. Eine äusserst lehrreiche Stelle ist endlich l. 21 § 3 de act. empti vend. 19, 1: A schliesst mit B einen Getreidelieferungsvertrag ab, den dieser nicht einhält; A kann auf sein volles Interesse klagen, nicht aber auf mehr — mag er nun Wein bestellt haben, mit dem er glänzende Geschäfte hätte machen können, oder Getreide, dessen Nichtlieferung seine Familie dem Hungertode preisgegeben hat — mehr wie sein Interesse kann er, wie gesagt, nicht verlangen. Der Jurist giebt zu, dass die Nichtlieferung des Getreides einen Contraktbruch bedeute, der mit dem Hungertode der Familie in Causalzusammenhang stehe — aber hier vermindert die interzedierende Culpa des Paterfamilias, der seinen Alimentationspflichten so einseitig und mangelhaft nachkommt, die volle Haftung des Getreidelieferanten und beschränkt sie auf Interessevergütung.

Die drei letzten Stellen geben uns somit Beispiele einer partiellen Culpakompensation, d. h. Ausschluss voller Haftung wegen Culpa des Verletzten und Reduktion auf die dem blossen Thatbestand entspringende Haftung unter Nichtberücksichtigung etwa daraus entspringender Folgen.

§ 31.

Wenn wir schon erwähnten, nicht Aufhebung der Causalität des Schadens, sondern Aufhebung einer zurechenbaren Schuld könne eine geeignets Ersatzform des fragwürdigen Ausdruckes Culpakompensation bilden, so haben wir uns über den hier zur Verwendung gelangenden Schuldbegriff als die ‚Causalität des rechtsverletzenden Willens' noch näher zu äussern. Culpa, so lesen wir bei *Hasse,* ist Schuld; aber nicht im Sinne von strafbarer Verschuldung überhaupt, sondern — abgesehen von Culpa in weitester Bedeutung, die den Gegensatz von Casus bildet, cf. l. 9 § 3 D. 4, 4 — im Gegensatz zu dem strafbaren Vorsatz oder dolus, die Bezeichnung der Fahrlässigkeit d. h. eines Verhältnisses mit der Wirkung einer Handlung oder Unterlassung, aus welcher eine zwar nicht beabsichtigte, aber nach der allgemeinen Erfahrung vorauszusehende Rechtsverletzung entsteht. Bekannt ist die uns hier gleichmässig interessierende Einteilung in aquilische Culpa, die zur unbedingten Haftbarkeit bei Beschädigungen verpflichtet, und die ein Pflichtverhältnis störende Culpa, dessen Anforderungen den Massstab eines bonus und diligens paterfamilias zu Grunde liegt. Auch der Begriff der Culpakompensation fasst den Schuldbegriff, wie wir anfangs schon betonten, in seiner weitesten Allgemeinheit, cf. l. 226. de R. J. 59, 17 magna negligenta culpa est, magna culpa dolus; ähnlich l. 72

D. pro socio 17, 2; l. 31 D. ad leg. Aquil. 9, 2; l. 30 eod.

Aus alledem ergiebt sich für das Wesen der Culpa: Wenn das römische Recht diesen Begriff als das Abweichen von der Handlungsweise des als Ideal gedachten ‚Normalmenschen', bonus paterfamilias, charakterisiert, so wird hiermit zunächst die Forderung erhoben, man solle bei jeder Handlung überlegen und bedenken, ob dieselbe einem andern nicht zum Schaden gereichen könne — das neminem laedere et suum cuique tribuere wird darin als praktisches Endziel des iuste facere proklamiert. Hierbei wird freilich nicht verlangt, dass man mit übertriebener Aengstlichkeit verfahre, dass man jegliche nur aus dem Zusammentreffen von unzähligen Umständen erklärliche Möglichkeit in Erwägung ziehe — in solchem Falle würde man überhaupt niemals zu einem energischen Entschluss oder gar zu einer kraftvollen That gelangen können. Wendet aber jemand die nach der Sachlage gebotene Diligenz an, verbindet er Willensenergie mit sachgemässer Aufmerksamkeit, so fällt ihm bezüglich eines durch sein Thun oder Lassen kausierten Erfolges eine Schuld doch nur dann zur Last, wenn er denselben hätte voraussehen können. In dieser Beziehung muss auf die individuelle geistige Befähigung rekurriert werden — denn der Mangel des Verstandes kann als solcher niemandem zum Vorwurfe gemacht werden, und nur insofern kann das Nichtvorhersehen eines Erfolges als eine die Culpa begründendes Moment in Frage kommen, als jemand freiwillig ein Geschäft, eine Thätigkeit übernimmt, zu dessen Ausführung ein gewisses Mass von Kräften und Kenntnissen objektiv notwendig ist. Aber dann ist eben nicht der Verstandesfehler als solcher Grund zur Culpa, sondern das leichtsinnige

Wagnis einer Leistung, der man sich nicht hätte unterziehen dürfen. (So erklären sich die von *Bar* bei *Grünhut* S. 25 citierten § 8 J. de lege Aqu. 4, 3 und l. 1 § 5 si quadrup. 9, 1); dass im Str.-R. eine Fahrlässigkeit nur mit Rücksicht auf den für den umsichtig verfahrenden Mann ersichtlichen Effekt anzunehmen ist, dürfte in der Praxis allgemein anerkannt sein. Aber auch für das Civilrecht muss dasselbe Prinzip gelten[1]), denn wofern einmal die Schuld als unentbehrliche Voraussetzung der Haftung für verursachten Schaden angenommen wird, kann das Recht nicht einfach eine bestimmte Norm des Handelns verlangen und sein gewisses Durchschnittmass der Einsicht und Erfahrung bei jedermann voraussetzen'. Diesen im allgemeinen recht zutreffenden, zum grösseren Teil Liszt entlehnten Ausführungen *Lerisons* fügen wir noch erweiternd hinzu, dass bei der Culpacompensation naturgemäss meist die Fahrlässigkeit auf einer Seite vertreten ist; unsern Quellenbeispielen ist sie stereotyp.

§ 32.

Im vorhergehenden suchten wir den Einfluss einer Unterbrechung des Causalzusammenhangs durch schuldhaftes Eingreifen Dritter in die Handlung darzulegen? Wird hierdurch eine Culpacompensation geschaffen und in welchem Masse? Ueber diese Frage haben sich u. a. *v. Bar* und *Levison* geäusert unter der Frageformulierung: Wie steht es, wenn der Erfolg in seiner Gesamtheit aus der schuldhaften Mitwirkung mehrerer resultiert, wenn also das Zusammenwirken mehrerer Personen als Bedingung des eingetretenen Schadens zu betrachten ist? Schon aus dem Wortlaut der Frage-

[1]) R.-G. Bd. 10 S. 289.

stellung ersieht man, dass *Levison* seinem Causalbegriff nicht traut und seiner Theorie, um Complikationen zu entgehen, auf gut Glück einen ihr bisher fremden Begriff aufoktroyiert. v. *Bar* hat sich nun dahin entschieden, dass im Allgemeinen nur der zuletzt Handelnde für den entstandenen Schaden haftbar werden könne, denn nur er sei die Ursache desselben, während derjenige, der durch ein früher begangenes Versehen die Kausalkette in Bewegung gesetzt habe, lediglich als Bedingung des eingetretenen Effektes figuriere: Prüfen wir diese Formel einmal durch Rekurs auf unsere Beispiele: A verwundet den B tötlich, C tötet ihn; A haftet de vulnerato, C de occiso, also nach *v. Bar*: C ist für den Schaden haftbar zu machen, denn er ist die Ursache desselben, A der durch ein früher begangenes Versehen die Kausalkette in Bewegung gesetzt hat, figuriert als Bedingung des B'schen Todes. ‚Wir halten die *Levison*'sche Einwendung' hiergegen nicht für stichhaltig — ihm ist es von vornherein klar, dass da, wo mehrere Personen gleichzeitig thätig sind von einer Unterbrechung des Causalzusammenhangs durch die Thätigkeit der zuletzt thätigen Person nicht die Rede sein kann' — davon hat *Bar* auch gar nicht gesprochen; versieren mehrere Personen gleichzeitig in culpa, so haften sie eben solange in solidum, bis sich der zuletzt Handelnde, also den Effekt hauptsächlich Kausierende ergiebt, so l. 11 § 2 und § 4 ad leg. Aquil. 9, 2, wo wir durchaus billigenswerte Anklänge an § 227 St.-G.-B. finden. Eher können wir folgendem *Levison*'schen Einwande zustimmen, wenngleich damit eine Verbesserung nicht gegeben wird: ‚Auch im übrigen', sagt er, ‚kann es nicht als durchgreifendes Prinzip betrachtet werden, dass nur der Zuletzthandelnde für den immerhin im Zusammenhang mit einer vorhergegangenen

schuldhaften Handlungsweise eines Dritten bewirkten Schadenserfolg haftbar gemacht wird; ebensowenig wie der von *Mommsen* beliebten Formulierung, dass den Urheber einer schuldhaften Handlung die Mitwirkung Dritter an dem verursachten Schaden weder ganz noch teilweise liberieren könne, in ihrer Allgemeinheit zugestimmt werden kann, ebensowenig kann die Bar'sche Formel, dass nur der zuletzt Thätige den aus seiner und eines früher thätig Gewesenen culpa entspringenden Schaden zu vertreten habe, als ausreichende und umfassende Entscheidungsnorm betrachtet werden'. *Bar* will ja den positor condicionis durchaus nicht liberiert wissen, nur — und das ist vollständig richtig — hält er sich an den zuletzt Handelnden als den überwiegenden causator; und was die *Mommsen*'sche Formulierung anbetrifft, so gewinnt dieselbe sofort ein anderes, *Levison* vielleicht zusagenderes Aeussere, wenn wir, um uns an obiges Beispiel zu halten, nicht den C sondern den A als schuldhaften Urheber der Handlung betrachten und den C auf die Mitwirkung verweisen. Wir können diese Variation eintreten lassen, ohne dem Thatbestand Zwang anzuthun, im Hinblick auf unsere oben versuchte Definition vom Ursachenbegriff. Gehen wir von dieser aus, so werden wir eine Teilung der Untersuchung, ob kontraktliche oder nichtkontraktliche Verletzung vorliegt — wie sie *Levison* begonnen, aber nicht durchgeführt hat — gar nicht benötigen. Denn unser Haftungsprinzip sagt uns von vornherein: Hier liegt ein Kontrakt vor, dessen Diligenzanforderungen ein Contrahent nicht nachgekommen ist, hier ein Delikt, wo das neminem laedere verletzt ist. Haben also mehrere Personen zu dem schädlichen Erfolg mitgewirkt, so ist 1. zu untersuchen die Beziehung

der Einzelhandlung zum Erfolg, 2. der Umfang der Einzelhaftung je nach Kontrakt oder Delikt.

§ 33.

Werfen wir auf die Culpa des Verletzten noch einen kurzen Blik, so erkennen wir, dass es weitaus in den meisten Fällen eine Unterlassungsschuld sein wird, welche ihm die Schadensersatzforderung für seine Verletzung benehmen kann. Die Quellen haben uns diese Auffassung der Culpacompensation durch Ausdrücke wie ipsum de se queri debere (l. 11 D. 9, 2) culpam ipsis damnosam esse debere (l. 62 § 5 D. 47, 2) u. ä. übermittelt; wir brauchen nur an die oben mitgeteilten Fälle zu erinnern. An dieser Stelle möchten wir einer *Wendt*'schen Idee unsern Beifall nicht versagen, welcher ein Rechtsmittel zu Gunsten des Verletzten, eine replicatio exceptionis, in Kraft treten lassen will für den Fall, dass thatsächlich ein damnum iniuria datum auf Seiten des Beschädigers vorliege. Im allgemeinen, hatten wir gesehen, wird nach der Culpa in diesen Fällen gar nicht gefragt — der Betriebsunternehmer, die Eisenbahn, die Post, der Bergwerksbesitzer haften, weil in ihrem Betriebe eine Beschädigung vorgekommen ist. Sie können sich aber unter Umständen von ihrer Haftung befreien durch den Nachweis eigenen Verschuldens des Klägers — aber wie, wenn dieser die replicatio geltend macht, er versiere zwar in culpa, jene aber nicht minder; weil somit Betriebsunfall und Culpa vorliege, sei die Eisenbahn doch zu Schadensersatz verpflichtet. Vom Parteistandpunkt aus, meint *Wendt*, liesse sich der Compensationsgedanke rein formal dahin anwenden, hier einen Sieg des Klägers zu erzielen. Würde nämlich Schuld gegen

Schuld aufgerechnet, compensatione negligentia facta, so wäre damit allenfalls die Einrede der beklagten Eisenbahn erledigt und es bliebe der Klageantrag noch zu voller Wirkung bestehen. Man beachte, wie sich der Prozessstoff danach gliedert: Die Klage geht vom Betriebsunfall als solchem aus und begehrt Schadensersatz, die Eisenbahn exzipiert mit eigener Schuld des Verletzten, Kläger aber führt replicando die Compensation ins Feld, beide Teile seien in faktischer Schuld und hofft damit die Einrede aus dem Wege geräumt zu haben. Soll nun wirklich das Ergebnis die Verurteilung der Eisenbahn sein? Bei der Beantwortung dieser prinzipiellen Frage stützt sich *Wendt*[1]) einmal auf einzelne Quellenentscheidungen, welche dem Kläger gegenüber dem Beklagten eine ungünstigere Stellung anweisen. So richtig dies auch im allgemeinen sein mag, so werden wir diese Unterstützung hier nicht anwenden können, weil es sich in keinem seiner Citate um eine Replik angeregter Art handelt. Wohl aber wird uns die Erwägung zu einem Resultat führen — hier differieren wir etwas von *Wendt* — dass es im allgemeinen unbillig sein würde, dem Betriebsunternehmer eine doppelte Verantwortlichkeit aufzubürden: Einmal die aus dem Unfall an sich und sodann noch die Culpa in eligendo wegen Verschuldens seiner Organe. Ein klein wenig Culpa mag ja auf deren Seite immer vorhanden sein — dafür haften sie ja auch dem Unternehmer gegenüber persönlich. Unseres Erachtens sollte nun eine Replik nur dann Gehör finden, der Unternehmer nur dann schadensersatzpflichtig sein, wenn sich bei Abwägung der beiderseitigen Culpa zwar deren Vorhandensein auch auf Seiten des Beklagten

[1]) l. c. § 7 S. 173 ff.

ergiebt, diese aber der klägerischen gegenüber ein plus aufweist oder gar dolus ist. Geringeres oder auch gleiches Verschulden der Eisenbahn etc. wie das des Verletzten möchte eine Schadenersatzforderung als unbillig erscheinen lassen; versiert aber der Betriebsunternehmer in höherer Culpa, dann wird er trotz der exceptio klägerischer Culpa haftbar.

§ 34.

Geben uns die Quellen auch keinen Anhaltspunkt dafür, ob sich die richterliche Cognition auch auf die qualitas der beiderseitigen Culpa zu erstrecken habe, so dürfen wir einmal aus dem die ganze römische Rechtsauffassung beherrschenden Billigkeitsprinzip und sodann aus der verwandten Unterscheidung zwischen dolus und culpa diese Auffassung als durchaus im Sinne des römischen Rechts zulässig vertreten. Und das mit Recht; denn es kommt zunächst nur darauf an, festzustellen, ob eine Partei in höherem Masse in Schuld ist als die andere; erst in 2. Linie die Frage: Wer war es. Stellt sich die Schuld des Beschädigers als grösser heraus als die des Beschädigten, so wird trotz dessen Culpa, die ja in Gemässheit der Bestimmung in lege Aquilia et levissima culpa venit immer Anspruch auf Berücksichtigung hat, eine Ersatzpflicht des Schädigers zu konstatieren, wenn vielleicht auch nach Massgabe der gegnerischen Culpa in ihrer Ausdehnung beschränkt, so dass immerhin eine partielle Culpacompensation stattfinden kann. Ergiebt sich aber andrerseits, dass die Schale der klägerischen Culpa tiefer sinkt, denn die andere, so wird jeder Ersatzanspruch a limine abgewiesen. Diese Sätze sind von der reichsgerichtlichen Judikatur adoptiert worden, auch der Entwurf steht, sofern er die quaestio facti betont,

vollkommen auf dem Boden der aequitas. Die quellenmässige Ansicht, nach einem überwiegenden Verschulden nicht zu fragen, sondern jedes Verschulden des Verletzten zur Abweisung der Klage für ausreichend zu erklären, haben allerdings Einzelentscheidungen [1]) vertreten; doch haben sich bei weitem die meisten [2]) davon emanzipiert und obige Grundsätze walten lassen. Der Satz minima non curat praetor darf hier jedoch nicht zur Anwendung gebracht werden, denn auch geringes Versehen des Beschädigten kann immer schon zu einer Reduktion der gegnerischen Ersatzverbindlichkeit führen. So sehr wir *Weinrich* [3]) beistimmen, wenn er den Gedanken vertritt, dass das eigene Verschulden mit dem Unfall in Causalzusammenhang stehen muss, weshalb die Ersatzansprüche eines Fahrgastes ohne Billet sich mit dem ihm von der Eisenbahn zugefügten Schaden durchaus nicht kompensieren, so verstehen wir nicht, wie er später aussprechen kann: Es muss zur Befreiung von der Haftpflicht eigenes Verschulden überhaupt vorliegen, ob sich dasselbe als dolus oder culpa, in letzterem Fall als culpa lata oder levis herausstellt, ist völlig gleichgültig, auch das geringste Versehen des beim Betrieb Verletzten oder Getöteten beseitigt jede Haftpflicht. Unsere Ansicht vertritt übrigens auch *Genzmer* [4]): Es ist auch in den Fällen des § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes der Einfluss des konkurrierenden Verschuldens ohne Rücksicht auf das gemeine Recht und die Landesgesetze unter

---

[1]) Seuffert Bd. 35 Nr. 285, Bd. 44 Nr. 86.

[2]) R.-O.-H.-G. 16 Nr. 32, Seuff. Bd 38 Nr. 211, 41 Nr. 89; R.-O.-H.-G. 20 Nr. 40, Seuffert, Bd. 37 Nr. 219.

[3]) Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen. Strassburg 1883 S. 159.

[4]) Comm. z. Reichshaftpfg. Berlin 1882.

der Zweckberücksichtigung nach der Natur der Sache und den einzelnen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen.

Hiernach aber ist der gemeinrechtliche Grundsatz, dass jedes Verschulden des Beschädigten, sofern nur dem Urheber des Schadens kein dolus zur Last fällt, den Entschädigungsanspruch ausschliesst, für die Anwendung und das Verständnis des § 1 als allgemeingültig nicht anzuerkennen, vielmehr eine Erwägung des beiderseitigen Verschuldens hinsichtlich der Art des Grades, sowie des Einflusses desselben auf den eingetretenen Unfall erforderlich[1]). Volle Culpacompensation tritt eben nur dann ein, wenn auf beiden Seiten die Diligenzpflicht, für die jeder haftet, gleichermassen verletzt ist.

Mit Recht sagt *Dernburg*[2]): Damit ist die Frage auf das Gebiet thatsächlicher Erwägung gestellt, wer die Hauptschuld des Schadens hat. Im Sinne einer billigenswerten Erwägung urteilt auch *Wendt*[3]): Die Folge dieser Billigkeitserwägung sei natürlich, dass dem Verletzten eine eigene Schuld nicht mehr schadet, wenn der Gegner nur qualitativ in höherem Masse sich einer Negligenz schuldig gemacht hat. Das richterliche Urteil soll also auf Grad und Stärke des Verschuldens beider Teile eingehen und vergleichsweise feststellen, auf wessen Seite ein Plus von Schuld ist. Bei gleicher oder fast gleicher Schuld beider Teile muss es also bei den bisherigen Ergebnissen bewenden, dass Ersatzansprüche durch die eigene Schuld des Verletzten ausgeschlossen sind. Erst wenn die facti interpretatio die Wagschale des einen Teils sinken lässt

[1]) cf. Erk. d. Reichsger. Bd 20 S. 135.
[2]) Pand. II § 45.
[3]) l. c. § 6.

und ein schwereres Gewicht von Schuld denselben belastet, so soll dann zu seinen Ungunsten die leichtere Schuld des Gegners ausser Betracht gelassen werden. Ist diese Meinung richtig, so besteht ihre Hauptbedeutung darin, dass dem Verletzten nicht jedes eigene Verschulden nachteilig wird, sondern erst ein solches, was der Schuld des Gegners die Wagschale hält oder sie gar übersteigt. Mit Recht ist es Gerichtspraxis, auch Stand, Alter, Gewohnheitsfehler und etwaige jugendliche Unerfahrenheit des Verletzten einer Prüfung zu unterziehen, der in Unterschätzung seiner eigenen Kraft sich der ihm vom Arbeitgeber zugewiesenen allzu schweren Arbeit unterzog, so dass statt Schuld des Verletzten Schuld des Auftraggebers vorliegt[1]).

Auch das römische Recht darf vielleicht so verstanden und interpretiert werden, dass auf der Grundlage jenes ersten und obersten Satzes im einzelnen dieselben Erwägungen ihre Stelle finden, zu denen die Reichsgerichte gelangt sind; verdankt er freien Billigkeitserwägungen dem ius strictum seine Existenz, so wird auch für seine Handhabung im Einzelfall die gleiche Billigkeitserwägung das Relief bilden müssen, ihn in solcher Weise näher begrenzen und bestimmen, dass er nicht selbst wieder zu Unbilligkeit und Härte führt ... hanc esse quaestionem de bono et aequo. Es heisst doch gewiss im Geist der Pandekten bleiben, wenn man über ‚eigenes Verschulden' solche Erwägungen anstellt, wie wir sie bei den Reichsgerichten finden; diese hätten gewiss nicht nötig gehabt, ihre Entscheidungen in einen Gegensatz zum gemeinen Recht

---

[1]) Seuff. 33 Nr. 129; 35 Nr. 210; 38 Nr. 211; 31 Nr. 330 u. 331 und die bei Wendt S. 189 angeführten; R.-O.-H. G. 19, S. 296; 20 S. 66.

zu stellen. Es steht in den Quellen zwar nicht expressis verbis, entspricht aber der unsterblichen Methode der römischen Juristen, am Einzelfall in genauer Prüfung Schuld gegen Schuld abzuwägen. Die Frage wird immer lauten dürfen, ob die Schuld des Verletzten geringfügig und unerheblich gegenüber dem Verhalten des andern Teils gewesen ist, und muss diese Frage ex facto bejaht werden, so wird Verurteilung eintreten dürfen, trotzdem ‚ein gewisses Verschulden des Klägers nicht selbst geleugnet werden kann'.

§ 35.

1. Wir erwähnten die Bedeutung eines Vergleichs, die Schwere des Uebergewichts von Schuld auf einer Seite, wenn diese Schuld sich als dolus ‚herausstellt. Von einer Compensation kann dann nur die Rede sein, wenn auch der andere Teil in dolo versiert — keiner kann dann gegen den andern Ansprüche erheben: semper oneratur petitor et melior est possessoris causa, durior petitoris[1]) drückt ganz allgemein die Folgen bei derartigem Verhältnis aus. Aehnlich l. 3 § 3 D. de eo per quem 2, 10; l. 57 § 3 D. de contr. empt. 18, 1, woraus hervorgeht, dass selbst bei Contraktsklagen die Vergeltung von List mit List zum Rechtsgrund dafür wird, gegenseitige Ansprüche ganz auszuschliessen; l. 4 § 13 D. de doli mali et met. exc. 44, 4; l. 36 D. de dolo malo 4, 3; endlich kaum verschieden in der Motivierung l. 39 D. sol. matr. 24, 3; l 12 § 1 D. quod. met. causa 4, 2; l. 7 D. de act. rer. am. 25, 2; l. 40 § 1 D. de aqu. 39, 2; l. 10 § 2 D. eod.; l. 2 § 15 D. ne quid in loco publ. 43, 8; l. 1 § 14 D. de tut. et rat. 27, 3. Auch die Versagung

[1]) l. 33 und 154 D. R. J. 50, 17.

der querela inofficiosi testamenti einer turpis persona gegenüber, wie sie l. 11 Cod. h. t. erklärt, lässt sich unter diesem Gesichtspunkt vereinigen mit l. 14 § 4 D. de furt. 47, 2. Heute wird sich der Hehler wohl hüten, gegen den Stehler civilprozessualisch zu klagen oder umgekehrt! Auch l. 3 D. de condict 12, 5 uud l. 40 § 1 D. de damno inf. 39, 2 liessen sich hier unterbringen. Und alles wird gerechtfertigt durch Anrufen der aequitas: cum longe aequum sit ex eo quod perfide gestum est, actorem nihil consequi.

2. Dem dolus des Beschädigers gegenüber wird auf die Culpa — meist wohl negligentia — des Beschädigten keine Rücksicht mehr genommen. Mag derselbe auch fahrlässig gewesen sein — ist dem Beschädiger die Absicht zu beschädigen, nachgewiesen, so kann er eine Culpacompensation nicht mehr exzeptionell geltend machen, sondern haftet, als ob auf Seiten des Beschädigten überhaupt keine Fahrlässigkeit vorliege.

Hier zeigte sich die Anwendung des Grundsatzes im schönsten Licht: iuris praecepta haec sunt: honeste vivere ... et neminem laedere. Tritt schon für fahrlässige Läsion Haftung ein, wie viel mehr ist dies dann zu billigen, wenn absichtlich, vielleicht sogar unter Benützung der Nachlässigkeit, des Nächsten Uebel gesucht wird. Das Urteil vertritt die aequitas von der humanen Höhe der bona fides aus; ist diese aber selber in grober Weise verletzt, so erfordert diese und die mitverletzte aequitas strenge Ahndung. In diesem Sinn äussern sich auch die Quellen: Anklänge hat bereits l. 15 § 1 D. emti 19, 1: Der Verkäufer braucht die Impensen nicht zu zahlen, die Käufer ja durch eine dem Evinzenten entgegengesetzte exceptio doli geltend machen kann, ausser wenn Käufer nicht mehr im Be-

sitze, so dass er sie vom Verkäufer mit der actio empti einklagen kann nnd zwar, wenn Verkäufer in dolo, in voller unbeschränkter Höhe seines Interesses — omnimodo teneri debet. Eine Compensation fällt bei der l. 9 § 4 D. de lege Aqu. 9, 2 cit. weg, wenn der Speerwerfer dato opera in eum iaculatus est — das frevelhafte Spiel mit Menschenleben kann nicht mit blosser Fahrlässigkeit kompensiert werden; auch der Gärtner, der Aeste sägt, hat dolus zu prästieren und haftet, wenn er auf unbedachte Passanten absichtlich einen Ast fallen lässt. Ebenso wird entschieden in der Klage des Diebs wegen Körperverletzung durch den Wirt: Er handelt in Notwehr, nisi data opera effodisset oculum; denn das bedeutete einen Exzess der Notwehr, der sich mit der Culpa des sich wehrenden Diebes nicht kompensieren lässt. In gleichem Sinne entscheidet ein Gericht bei *Seuffert* (30, Nr. 9): Der Rechtsgrundsatz, dass die Verpflichtung zur Ersatzleistung wegfalle, falls derjenige, welcher einen Vermögensverlust erleidet, selbst Schuld an demselben trägt, darf nicht soweit ausgedehnt werden, dass auch derjenige, welcher durch Gewissenlosigkeit (dolus) Urheber des Verlustes gewesen ist, von der Verpflichtung zum Ersatze frei sei, falls zugleich ein eigenes Verschulden desjenigen, der in Verlust geraten, obgewaltet hat'.

§ 36.

An dieser Begrenzung unseres Satzes zeigt sich die gleiche Billigkeit, die ihn überhaupt hervorgerufen hat, und wenn wir am Schlusse dieser Untersuchung, der die vielleicht numerisch zu gross erscheinende Zahl dieser Blätter gewidmet ist, einen summarischen Blick rückwärts werfen dürfen, so gedenken wir folgender uns in der Anlage des ganzen Versuchs leitenden Ge-

sichtspunkte. Wir versuchten in seinen Zielen und Motiven ein Institut altehrwürdigen Rechtes darzulegen, dem man unseres Erachtens zu viele Theorieen, zu wenig Praxis entnommen hat. Unser Zweck war es, darzulegen, dass nicht ein theoretisch abgeschlossenes und vollendetes Gebäude sich in vorliegender Materie unseren Blicken darbietet, sondern dass nur der Einzelfall in der elastischen Dehnbarkeit des Begriffsmaterials das reine Maxim wahrer Billigkeit zu konstruieren vermag. Dem richterlichen Ermessen muss es im Einzelfall überlassen bleiben, nach freier Prüfung, ohne die enge Fessel bindender Rechtsnormen, festzustellen, ob das Detail Veranlassung zur Vornahme einer Culpacompensation bietet. Der Begriff derselben als solcher kann dem Richter wohl Motive seiner Entscheidung an die Hand geben, nicht aber auf sein Urteil irgend welchen Zwang ausüben.

Diesem Endzwecke eine Lanze gebrochen zu haben, möge das Bewusstsein redlichen Bemühens belohnen, des Bemühens, aus dem reichen Borne der Wissenschaft ein Tröpflein geschöpft zu haben, das befruchtend zu wirken imstande ist auf die hehre Rechtsidee. Hat sich doch auch in ihren Dienst gestellt die vorliegende Materie, die in grossen Zügen das klassische Wort[1]) charakterisiert, das von einer der letzten Digestenstellen die vor Jahrtausenden erkannte sozialpolitische Wahrheit verkündet:

Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem.

---

[1]) l. 206 D. R. J. 50, 17.